مناهج التحصيل
ونتائج لطائف التأويل
في
شرح المدونة وحل مشكلاتها

تأليف
أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي

تقديم
فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لقم

اعتنى به
أبو الفضل الدمياطي
أحمد بن علي

الجزء الثامن

مركز التراث الثقافي المغربي
دار ابن حزم

الطَّبْعَةُ الأُولَىٰ
١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

مناهج التحصيل
ونتائج لطائف التأويل
في
شرح المدونة وحل مشكلاتها

(٨)


بسم الله الرحمن الرحيم

كتـاب الشركـــة



كتاب الشركة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ،وجملتها خمس مسائل :

المسألة الأولى

في تقاسم الشركة

اعلم أنهم قالوا : إن الشركة على ثلاثة أضرب :

شركة مال ، وشركة أبدان ، وشركة ذمم .

فأما الشركة بالمال : فالإجماع على جوازها على شروط مختلف فيها ، يأتي بيانها في مسألة مفردة إن شاء الله

فعندنا : أن الربح فيها يتوزع على قدر مالية كل واحد منهما ، وعليه يكون العمل .

فإن تفاضلا في المال على شريطة تشطير الربح : لم يجز ، وكذلك لو تماثلا في رأس المال على أن يتفاضلا في الربح لم يجز ، وفاقًا في الصورتين من المدني والحجازي ، خلافًا للعراقي فيهما .

ومستندنا كلام مخيل نجمعه في تحرير ، فنقول :

الاشتراط على غير سبيل الاشتراك فلم يجز ؛ لأنَّا معاشر العباد ليس إلينا تغيير وضع الأسباب ، وإنما إلينا مباشرة الأسباب ، وترتيب أحكامها إلى الله تعالى ، فإذا كان الأمر هكذا وجب توزيع النماء المستفاد من متخذ الاشتراك على قدر المالية ؛ قياسًا للاشتراط على إطلاق المسببات أبدًا لابد أن تكون على وفق الأسباب .

وأما شركة بدن :فهي جائزة وفاقًا من العراقي والمدني، خلافًا للحجازي .

ولها على رأى المدني ثلاثة شروط :

اتفاق الصنعة ، واتحاد البقعة ، وعدم التفاضل إلا الشيء المغتفر .

وقولنا : اتفاق الصنعة ، مثل أن يكونا خياطين ، أو صائغين ، أو حدادين ؛ احترازًا من أن يكون أحدهما خياطًا والآخر حدادًا ، فإن ذلك لا يجوز باتفق المذهب ؛ لما في ذلك من الغرر والخطر ؛ إذ قد تتفق صنعة أحدهما وتكسد صنعة الآخر ، وذلك من باب أكل المال بالباطل .

وقولنا : اتحاد البقعة ؛ احترازًا من أن يكونا في موضعين ، هذا في موضع ، وهذا في موضع .

فإذا اتحدت الصنعة وتفرقا في المواضع ، فهل تجوز الشركة بينهما أو لا تجوز ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها لا تجوز ؛ لأن ذلك غرر وأكل المال بالباطل ؛ إذ قد يعمل أحدهما ،ويتعطل الآخر .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول أصبغ عن ابن القاسم في «العتبية» ؛ حيث قال : فإن اتفقت الصنعة ، والحانوتان متفرقان : فلا بأس به .

وقد اختلف المتأخرون في تأويل ما وقع في العتبية هل هو وفاق للمدونة أم لا ؟ فمنهم من حمل الكلام على ظاهره ، وقال : إن ذلك خلاف .

ومنهم من قال : إن ذلك تباعد المواضع ؛ حيث يصير هذا في بلد ، وهذا في بلد فلا يجوز ، وإن تقاربت المواضع ، وتدانت الحوانيت حتى تكون أيديهما تلج في الحانوتين جميعًا ، ويتعاونان في العمل : فذلك جائز ؛ إذ ليس المقصود بالجلوس فى موضع واحد إلا لتقارب

الأسواق ومنافعه .

وعلى هذا التأويل يتلفق [ما] [١] في الكتابين .

وقولنا : وعدم التفاضل إلا الشيء المغتفر ؛ احترازًا من أن يتفاضلا في العمل ، ويتفقا في الكسب .

ولا تخلو شركتهما من أن يحتاجا [فيها] [٢] إلى رأس المال أم لا ، فإن لم يحتاجا [فيها] [٣] إلى رأس المال ؛ كالشركة في تعليم الصغار ، فإن تساويا في الحفظ وحسن التعليم : فلا إشكال في الجواز .

فإن كان أحدهما أغزر علمًا ، أو أجود تعليمًا ، والكسب بتفاضل ذلك، فالمذهب على جواز شركتهما على قولين :

أحدهما : الجواز .

والآخر : المنع .

والقولان لمالك في « الموازية » .

فإن احتاجا في شركتهما إلى رأس المال ؛ كالحدادين ، والإسكافة والقرازين : فإنهم يحتاجون إلى آلة الصنعة والصيد بالجوارح والحمل على الدواب ، فهذا لابد لهم من الاعتدال والتساوي فيما يخرجاه ، وهل من شرطها الاشتراك في الرقاب أم لا ؟.

أما ما لابد فيه من عمل الأيدي ؛ كالصناعات بأسرها : فقد اختلف فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لابد لهما من الاشتراك في الرقاب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فيه .

(٣) في أ : فيه .

والثاني : أنه يجوز ، وإن لم يشتركا في الرقاب ، ولكنهما يتكاريان ما أخرجاه بينهما ، ويؤدي كل واحد منهما كراء نصف ما أخرج صاحبه.

والثالث : أن الشركة جائزة ، وإن لم يشتركا في الرقاب ، ولا يتكاريانها.

والثلاثة الأقوال كلها لمالك ، قائمة من « المدونة » من كتاب [ ] (١) وهي أظهر من أن تتعرض للتنبيه على مواضعها .

وأما ما لا مدخل فيه لعمل اليد لكون عمل اليد فيه تبعًا ؛ كالصيد بالبزاة والكلاب ، والاحتشاش ، والاحتطاب ، والحمل على ظهور الدواب: فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائة من « المدونة » :

أحدها : أنه لابد من الاشتراك في الرقاب ، والتعاون في العمل ، ولا يجوز الافتراق بكون هذا في موضع ، وهذا في موضع ، وهو قول ابن القاسم ، ومالك في « الكتاب » .

والثاني : أنه يجوز وإن لم يشتركا في الرقاب إذا اكترى كل واحد منهما نصف ما أخرج صاحبه ، ويكون عملهما في موضع واحد ، وحملها إلى غاية واحدة ، ولا يجوز لهما أن يفترقا ، وهو قول مالك في « الكتاب » أيضًا .

والثالث : أن الشركة جائزة ، وإن لم يشتركا في ملك الرقاب ، ولا تكارياها [ق/ ١١١/ ٢أ] إذا كان عملهما في موضع واحد ، وحملهما إلى غاية واحدة ، وهو قول مالك في « الكتاب » أيضًا .

والرابع : التفصيل بين أن يشتركا في الرقاب ، أو لم يشتركا ؛ فإن اشتركا في ملك الرقاب : فالشركة جائزة ، وإن افترقا .

---

(١) اسم الكتاب سقط من الأصل .

وإن لم يشتركا في الرقاب : فلا تجوز الشركة حتى يكون عملهما في موضع واحد .

وهو قول ابن حبيب في المشتركين في الدابتين ، وهو تأويل بعض الأشياخ على المدونة في الاشتراك في الصيد بالبزاة ، والكلاب على اختلاف الروايات في « الكتاب » في إثبات الألف وإسقاطه ؛ وذلك أنه سئل هل الاشتراك في الصيد بالبزاة والكلاب ؟ فقال : لا أرى ذلك ، إلا أن تكون البزاة والكلاب بينهما ، ويكون الكلبان ، والبازان بيعًا وإن طلبهما واحد ، وأخذهما واحد ، لا يفترقان .

هكذا في أكثر النسخ ، وهي الرواية المشهورة أنه لابد من الاشتراك في الرقاب ، وأنه لا يجوز الافتراق .

ووقع في بعض الأمهات رواية بزيادة الألف في قوله : « أن يكون الكلبان والبازان يتعاونان » ،فاستخرج منها بعض الأشياخ أن الاشتراك إذا حصل بينهما في الرقاب : لم يلزم اجتماعهما ، وجاز الافتراق ، كما هو منصوص عليه في الدواب في « كتاب ابن حبيب » ؛ بناء على أن الجوارح كرؤوس الأموال ؛ لأن الجوارح معظم عمل الصيد ، إذا اشتركا فيها لم يضرهما الافتراق ؛ كما لو اشتركا بالمال ، فسافر هذا إلى ناحية ،وهذا إلى ناحية .

فأما الضرب الثالث : وهي الشركة بالذمم : فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يشتركا في شيء بعينه : فهذا جائز ، ويتتبع كل واحد من ثمن تلك السلعة بقدر نصيبه .

والثاني : اشتراكهما في معين على أن يتعين كل واحد منهما لصاحبه ؛ فإن كانا معتدلين فيها : جازت الشركة والبيع ، وإن كانا مختلفين فيها : لم تجز .

والثالث : أن يشتركا على غير معين : فهذا لا يجوز ، فهذا من باب تحمل عني وأتحمل عنك ، وأسلفني وأسلفك ، فإن نزل ووقع هل ينفرد كل واحد منهما بما اشتركا ، أو يكون بينهما ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، ولكل واحد منهما ما اشتراه ، وهو ظاهر « المدونة » ؛ لأنه قال : لا تعجبني هذه الشركة ،وهو مذهب سحنون .

والثاني : أن كل ما اشتراه أحدهما ، فإنه يكون بينه وبين صاحبه ، وهو ظاهر قوله في باب شركة المفاوضة ؛ لأن صاحبه قد أمره أن يشتري عليه .

وقال بعض المتأخرين : هكذا كان في هذا الباب في « الأسدية » بعد قوله لا تعجبني هذه الشركة ، قال : فإن نزلت : رأيت أن يكون ما اشترى كل واحد منهما يلزم نصفه صاحبه ؛ لأنه قد اشتراه بإذن صاحبه .

وقال حمديس : كأنه حمله على محمل الوكالة ، ولأصبغ نحوه .

❑❑❑

المسألة الثانية

في الشركة في النصف المتحد والمتعدد

اعلم أن المال الذي ذكرنا الإجماع على جواز الشركة به لا يخلو من وجهين : إما أن يكون صنفًا واحدًا ، أو أصنافًا .

فإن كان صنفًا واحدًا ؛ كالدنانير من كليهما ، أو الدراهم ، أو الطعامين من صنف واحد ، أو العرضين من صنف واحد ؛ أما العين : فالإجماع على جواز الشركة به عند اتحاد الجنسية ،وكذلك العرضين من صنف واحد ـ عندنا .

أما بالطعامين المتفقين ففي جواز الشركة بينهما قولان منصوصان في الكتاب :

أحدهما : أنها جائزة ، وهو قول ابن القاسم ،وهو أحد قولي مالك في « الكتاب » : وقد رجع مالك عن إجازة الشركة بالطعامين إن تكافئا ، فلم يجزه لنا منذ لقيناه ، ولا أعلم للكراهية فيه وجهًا .

وهذا القول الثاني منصوص عن مالك في « الكتاب » ؛ حيث قال : ولا تجوز الشركة عند مالك بشيء من الطعام ، والشراب ـ كان مما يكال أو يوزن أم لا ، من صنف واحد ، أو من صنفين .

فإن كانا أصنافًا مختلفة ؛ كالطعامين المختلفين أو العرضين المختلفين ، أو الدنانير من عند واحد والدراهم من عند الآخر ، أو العرض من عند أحدهما ، والعين من عند الآخر ، أو بالعرض والطعام : فقد جوز ذلك كله سحنون ، واختلف فيه قول مالك ، واضطرب فيه قول ابن القاسم .

أما الصنف المحدد : فقد اتفق المذهب على جواز الشركة فيه ، إلا في

الطعامين على ما تقدم .

والدليل الدال على جواز الشركة عند اتحاد الجنسية : الإجماع الواجب الاتباع ، المحرم التداع .

أما العرضين المتحدين : فالدليل عليه : عدم العلتين ، وفقد المحذورين ـ البيع والشركة ـ وعدم جريان الربا فيهما .

أمَّا البيع : فإنه يتصور عند اتفاق الأعراض ؛ لأن ما بيد أحدهما مثل ما بيد الآخر ، وإنما يتصور التشوف عند اختلاف الأعراض بأن يطمح كل واحد منهما إلى ما بيد صاحبه .

وأما الطعامان المختلفان : وسبب الخلاف فيه أن يقال : من جوزها قاسها على العين ؛ لعلة أنه مال ربوي كهو .

ومن منعها : فقد وجه قوله بأربعة معان : منها : عدم المناجزة ببقاء يد كل واحد منهما على شبه الذي باعه ، وساغ ذلك في العين ؛ لأنها رخصة لا يعقل لها معنى ، فلم تقس عليه لخروجه عن قياس الأوضاع ومنهاج القواعد .

ومنها : أن ذلك من جهة الخلط للطعام الجيد بالطعام الردىء ، وإذا لم يخلطاهما فكمكتل ؛ لأنه بيع عرى عن التقابض .

ومنها : أنه بيع الطعام قبل الاستيفاء ؛ لكون كل واحد منهما متصرفًا في النصف الذي باعه لشريكه قبل قبضه له ؛ لبقاء يد كل واحد منهما على عين شيئه .

ومنها : أن الشركة تفتقر إلى الاستواء بين الكيل والقيمة ، وحصول ذلك عزيز ، بخلاف البيع الذي لا يفتقر إلى الاستواء في المعيار الشرعي ، ويلزم هذا على ما قاله إلزامًا ينطبق عليه انطباقًا ، مخففًا تحرير ذلك في

الطعامين المختلفين ؛ لسقوط الاستواء في المعيار الشرعي فيه ، وكل ذلك معدوم في العرضين المتفقين ،وكذلك ارتفع النزاع عندنا فيهما .

أما النصف المتعدد : فقد ذكرنا الخلاف فيه ؛ فمن جوز على الإطلاق ، فقد تحسس إلى جواز البيع ، والشركة ، ولاسيما إذا كان داخلاً فيهما ، وهو مذهب سحنون ؛ لأن الدليل الدال على جواز الشركة لم يفصل بين كونها مقرونة ، أو مفروزة .

ومن منع ذلك على الإطلاق لم يسلم اجتماع البيع والشركة ، وإن كان داخلاً فيهما ؛ لأنهما متناقضي المعنى ، متنافرين في المغزى .

أما ابن القاسم : فقد أنبأناك باضطراب مذهبه ؛ لأنه منع الشركة بالطعامين المختلفين وبالدنانير والدراهم ؛ حذار الإخلال بالقاعدتين المدعمتين ؛ وهما : عدم المناجزة المشروعة ،وجواز البيع والشركة ، وجوزها في العرضين المختلفين ، وفي العين من واحد ، والغرض من آخر؛ لسقوط قاعدة الربا ، وإن كان ثم بيع وشراء كمتفقد اغتفره لدخوله فيهما ؛ ولأن الدليل الدال على الإجزاء عام في كونها جائزة حسًا وركزًا ، فإذا جوزنا الشركة فيما يحرم فيه التفاضل ، فإنما نراعي الاتفاق في الكيل والقيمة ، وإذا جاز التفاضل ، فإنما يراعى الاتفاق في القيمة ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة
في اعتبار الخلط في مال الشركة

فينبغي أن تعلم أن الأصحاب ترددوا في الخلط ،هل هو شرط في صحة عقد الشركة أم لا ؟ فذهبت طائفة إلى أن خلط المالين شرط في انعقاد الشركة ، فمتى لم يحصل لم ينعقد عقد الشركة بينهما، وهو نص قول الغير في المدونة ، وذهبت طائفة إلى أن الخلط شرط في صحة العقد ، وبه قال بعض المحققين .

وذهب ابن القاسم إلى أن الخلط شرط الانعقاد في الثواء ، لا في النماء؛ لأنه قال : ما اشتراه أحدهما بماله قبل الخلط فهو بينهما ، وما ضاع فهو من صاحبه .

فأنت ترى ترداد هذا المذهب في الخلط ، وقد يعتذر عن هذا التناقض بأن يقال : أن المشتري إنما كان بينهما ليكون لذكر الشركة تأثير بأن يشتركا في النماء ، وأما الثواء فإنه اختص به صاحب [ق/ ١١٢/ ٢أ] المال الثاوي؛ لبقاء التوفية عليه كالبيع ، حتى إذا تناقداها ووزناها ، ثم ائتلفت في ملكه لتوزيع الثواء توزيع النماء عليهما .

ثم لا يخلو المشتري ماله منهما من أن يشتري بعد تلف مال صاحبه ، أو قبل تلفه ؛ فإن اشترى قبل تلف مال الآخر : فالمشتري بينهما لا محالة، فإن اشترى بعد التلف ـ وهو عالم به : كان المشتري له ، قولاً واحدًا ، وإن لم يعلم فهو بالخيار بين أن يشركه فيه ويلزمه له ، أو يتفرد به دونه؛ لأنه يقول لو علمت بالتلف لاشتريت لنفسي بخلاف ما اشتراه قبل التلف كما تقدم .

وعلى القول بأن الخلط شرط إما فـي الانعقاد ، وإما في الصحة ، فإن الشركة مـوضوعها التعـاون في العمل ، والإذن في الاتجـار مطلقًا بتـعافي العقود مرة بعد أخرى على وجه يكـثر به المال ،ويحصل به الربح ، وذلك لا يحصل كما يجب إلا بالخلط ؛ لأنه إذا كثر المال اتسعت التصرفات فيه ، وكثر الربح ، وظهـر النماء ، وإذا قلَّ عسر استنمـاؤه ، وتعذر استمداده ؛ لأن نفس الشركة هي خلط المالين ؛ إذ لا تسمى الشركة في عرف الشرع إلا كذلك ، وإلا فلا يطلق عليها ذلك الاسم إلا مجازاً .

فإذا ثـبت ذلك ، فـما الخلـط المعتبـر ؟ هل الخلـط الحسي أم الخـلط المعنوي؟ فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أن المراعى الخلط الحسي ؛ بأن تخلـط العين حتى لا يتمكن التمييز أصلاً ، وهو مذهب سحنون ، وهو ظاهر قول الغير في المدونة .

والثاني : أن المعتبر الخلط المعنوي ؛ فإذا وجد صحت الشركة ؛ وهو أن يجمع المال أحدهما في تابوته ، أو في خريطته ، وإن لم يخلطا وكانت كل صرة على حدة ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

❑❑❑

المسألة الرابعة
في حكم المزارعة

اعلم أنهم قالوا : إذا سلم المتـزارعان من أن تكون الأرض التي لها بالٌ في الكراء من واحد ، والبذر من الآخر : جاز إذا تكافئا .

واختلف في التكافؤ المعتبر على قولين :

أحدهما : أن التكافؤ لا يكون إلا بالتساوي في الرقاب حتى يستويا في ضمان التالف .

والثـاني : أنه يجوز وإن لم يشتركا في الـرقاب بأن تكون قيمة كراء ما يخرجه أحدهما مكافئًا بقيمة كراء ما يخرجه صاحبه .

والقولان لمالك في أصل « الكتاب » ،وقد قدمناهما في شركة الأبدان، بيد أن لنا في التكافؤ ، هل هي معتبرة أم لا ؟ أربعة أقوال :

أحـدهـا : أنه معتبر ، ولا يصح التفـاضل ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب » .

والثاني : أنه غير معتبر ، والتفاضل سائغ ، وهو قول سحنون .

والـثـالـث : مقيد بأن لا يـتفاحش بما لا يتغابن بمثـله ، وهو قول ابن حبيب .

والرابع : التفصيل بين التفاضل المتصل والمنفصل ؛ فيجوز في المتصل ، ولا يجوز في المنفصل .

ومعنى المتصل : هو المقابل له عـوض ، ومعنى المنفصل : وهو المتبارز الذي لم يقابل بشيء ؛ مثل أن يخرج أحدهما ما ليس له نظير من الآخر ،

وهو قول سحنون أيضًا .

وهذان القولان المقيدان آيلان عن العفو عن قليل الفضل دون جمهوره، ولهما وجه في الجملة ،وإن لم يشف غـليلاً ، ولا يبرئ قتيلاً ، وهو كيف وصلنا بين الحظير والحقير من الغرر في البيع .

وأما القولان المـطلقان فحاصلان ، وشـاهدهما ومثارهمـا تردد المزارعة بين أصـلين متنـافري المعـنى ؛ أحدهمـا : الإجارة ، والتـماثل ليـس من خصائصها ، فمن محض النظر إلى أحد الأصلين خرج له منه حكمها حتى صمم على الجواز أو على المنع ، وهذا محض التحقيق .

فإن وقعت على وجه فاسد على التـفاضـل علـى رأي من منعـها ، أو يكون مخرج البذر غير مخرج الأرض لمن يكون الزرع ؟

فالمذهب على ستة أقوال :

أحدها : أن الزرع لصاحب البذر ، ويؤدي لأصحابه كراء ما أخرجوه ، وهو مذهب ابن غانم .

والـثـانـي : أن الزرع لصاحـب العمل ، وهي رواية أبـي زيد عن ابن القاسم فيما حكاه عنه ابن المواز .

والثـالث : أن الزرع لمن اجتمع له شيئـان من ثلاثة أصول ؛ وهي البذر والأرض ،والعمل ، فإن كانـوا ثلاثة فاجتمع لكل واحد مـنهم شيئان ، أو انفرد كل واحد منهم بشيء منها كـان الزرع بينهم أثلاثًا ،وإن اجتمع لواحد منهم شـيئان منها دون أصحـابه : كان له الزرع دونهم ، وهـو مذهب ابن القاسم ،واختيار ابن المواز على ما تأول أبو إسحاق .

والرابع : أنه يكون لمن اجتمع له ثلاثة أشياء على هذا الترتيب ؛ وهي: الأرض ، والبقر ، والعمل .

والخامس : أنه يكون لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء على هذا الترتيب أيضًا ؛ وهي البذر ، والأرض ، والبقر ، والعمل .

والسادس : أن الفساد إذا سلم من كراء الأرض ما يخرج منها : كان الزرع بينهم على ما اشترطوه وتعادلوا فيما أخرجوه .

وإن دخله كراء الأرض بما يخرج منها : كان الزرع لصاحب الأرض ، وهو قول ابن حبيب .

وهذا الخلاف تارة يقدر أنه أكرى الأرض كراء فاسدًا ، وتارة يقدر إجارة العامل إجارة فاسدة ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الخامسة
في إقرار أحد الشريكين على الشركة

فلا يخلو ذلك من وجهين : إما أن يكون ذلك قبل افتراقهما ، أو بعده.

فإن كان الإقرار قبل الافتراق : فلا يخلو أن يكون شريكًا مفاوضًا ، أو شريك عنان .

فإن كان شريك عنان : فلا يخلو إقراره من أن يكون في شيء بعينه، أو فيما يتعلق بالذمة.

فإن كان في شيء بعينه : فلا يجوز إقراره على شريكه بوجه إلا أن المقر شاهد لمن أقر له يحلف معه ، ويستحق حقه إن كان عدلاً .

فإن كان مما يتعلق بالذمة : فحكمه حكم المفاوض ،وها أنا أتكلم عليه إن شاء الله .

فإن كان مفاوضًا حيث يصير حميلاً عن صاحبه حتى صار في حكم المتحد ، فهل يجوز إقراره عليه بدين أم لا ؟

فلا يخلو من أن يكون ممن يتهم عليه ، أولا يتهم عليه .

فإن كان المقر له ممن يتهم عليه كالصديق الحميم وغيره من قرابته ، فإنه يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك لا يلزم المقر عليه ، وهو نص قول ابن القاسم في «المدونة» .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهذا القول يؤخذ من المدونة من « كتاب

التفليس » من إقران مفترق الذمة قبل التفليس لمن لا يتهم عليه حيث قال بجوازه ببقاء الدين في ذمته فلم يتهم ، والمنع أظهر لإضراره لشريكه ؛ فهذا دأب الشرع في كل إقرار يتضرر به الغير ، ويرجع وباله على غير ألا يجوز كالعبد ، والمريض ، والمديان ، فإن كان المقر له ممن لا يتهم عليه : فلا إشكال في جوازه ،ولزوم إقراره لشريكه .

فأما الوجه الثاني : إذا كان الإقرار بعد الافتراق : فلا يجوز إقرار الشريك الخاص .

وهل يجوز إقرار العام ؟

فلا يخلو من أن يكون ذلك بقرب الافتراق ، أو بعد طول الزمان.

فإن كان ذلك بعد طول الزمان : فلا يجوز إقراره لانقطاع الحبل وانفتات الوصل بينهما كالأجنبي .

فإن كان بالقرب هل يجوز أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ،وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول سحنون .

وكذلك الحكم في إقرار أحدهما بعد موت الآخر في التفصيل بين القرب والبعد ،وإن كان ابن القاسم قد أطلق في « الكتاب » في أن ذلك لا يجوز ، والمقر شاهد للمقر له ، فإذا قلنا بقول ابن القاسم ، فهل هو شاهد ويحلف معه صاحب الدين ، فإن نكل أخذ منه حصته أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه شاهد ويحلف معه ، ويستحق حقه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في آخر « كتاب الشركة » من « المدونة » .

والثـاني : أنه ليس بشاهد ؛ لأنه مطلوب بجميع الدين لكونه حميل ، فيدفع عن نفسه الغرم بشهادة كالخلاف في شهادة الحميل على ما لا خفاء به على من طالع المذهب ،والحمد لله وحده .

❑❑❑



كتاب القراض

كتاب القراض

المسألة الأولى

في تسميته قراضاً ومضاربة على لغة أهل العراق

فالقراض : مأخوذ من القرض ؛ قال صاحب العين : أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك ، وهي عطية يجازي بها صاحبها ؛ قال الله تعالى : ﴿ مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ (١) .

والقراض عطيه ليجازي عليها بجزء من ربحها ، والقرض في السلف من هذا ، فكأن القرض ينتفع به آخذه لكن لا ضمان عليه فيه ، وعليه [ق/ ١١٣/ ٢أ] رده ومكافأة ما صنع مع صاحبه ما يدخله عليه من ربح ، ولهذا سمى هذا مقارضة ؛ إذ المنفعة فيه والرغبة من اثنين ، التي هي المفاعلة، ولا يكون ذلك في السلف ؛ إذ النفع فيه للمسلف وحده .

وقد قيل : سمى هذا قرضًا ؛ لأن الله تبارك وتعالى يجازي عليه بثوابه، وهذا معترض ؛ لأن هذا الاسم كان في الجاهلية معروفًا ، وهم لا يطلبون عند الله جزاءً ، ولا يعترف أكثرهم بمعاد .

وأما تسميته مضاربة : فمن الضرب في الأرض ، وهو السفر بها ، قال الله العظيم : ﴿ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾ (٢)، وكان أصل القرض في الجاهلية دفع المال للمسافر ، فتكون المضاربة هنا إما بمعنى السفر الذي جاء فيه فاعل من المؤاجر ، فقالوا سافر أو لأجل عقد من اثنين .

ولا خلاف في جوازه بين المسلمين ، وأنه رخصة مستثناة من الإجارة

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٤٥) .

(٢) سورة المزمل الآية (٢٠) .

المجهولة ، ومن الـسلف بمنفعة ، وهو مـعنى قول بعض شيوخـنا أنه سنة أي: إباحة أو رخصة ، وهو من العقود الجائزة ، ولأحدهما الترك متى شاء ما لم يتعلق بالمال حق لأحدهما ،والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثانية
في معرفة ما يجوز به القراض

والقراض لا خلاف في جوازه بالدنانير والدراهم .

وفي جوازه بنقار الذهب والفضة قولان لمالك في الكتاب في « أول كتاب القراض » من « المدونة » .

وفي جوازه بالفلوس قولان :

المنع : وهو المنصوص المشهور ، ويستقرأ من المدونة الجواز من غير ما موضع ؛ بناءً على أن لها حكم العين .

ولا يجوز بشيء من العروض المعينات ، ولا بشيء من المكيلات والموزونات عند مالك وجميع أصحابه ، ولا عند أحد من فقهاء الأمصار ؛ لأن القراض في الأصل غرر ؛ لأنه إجارة مجهولة ؛ إذ لا يدرك العامل، فهل يربح في المال أم لا ؟ ولا مقدار ما يربح إن ربح ، إلا أن الشرع جوزه للضرورة إليه ، وحاجة الناس إلى التعامل به ، فيجب ألا يجوز منه إلا مقدار ما جوز الشرع ، وأن يكون ما عداه ممنوعًا بالأصل .

وأيضًا فإن القراض بالعروض لا يخلو من أربعة أوجه :

إما أن يجعل رأس المال القراض العروض بعينه .

أو ثمنه الذي يبيعه به .

أو قيمته يوم العقد .

أو قيمته يوم التفاضل ؛ لأن معرفة رأس المال ومقداره لابد منه في القراض ليعرف العامل على ما يعمل ، فإن كان عين القراض هو رأس المال

فذلك غرر ؛ لأنه يأخذ السلعة وقيمتها مائة دينار ويردها وقيمتها عشرة دنانير ، ويذهب العامل ببعض رأس المال ، فيأخذها وقيمتها عشرة فيردها وهي تساوي مائة دينار ، فيذهب رب المال بأجرة العامل .

فإن كان الثمن الذي يبيعه به هو رأس المال ، فقد اشترط رب المال المنفعة لشيئه على العامل فيما تحمل عنه من مؤنة البيع وما يكفيه من ذلك .

وإن كان قيمتها يوم يدفعها إليه هو رأس المال كان رب المال قد باع منه العروض بما قوماه به على أنه إن باعه بأقل من ذلك : جبره من ربحه ، وإن باعه بأكثر من ذلك : كان له نصف الفضل ، وذلك من الغرر البين والمزابنة ؛ كمن دفع إلى رجل ثوبًا ليبيعه بعشرة دنانير على أن عليه ما نقص وله بعض زاد .

وإن كان رأس المال قيمته يوم التفاضل : فذلك أيضًا غرر بين ؛ لأن قيمته يوم التفاضل مجهولة فيكون العامل يعمل على رأس مال مجهول قد يكثر ،ويغرمه ربحه أو يقل ، فيذهب ببعض مال رب المال ، فصارت جميع وجوه هذه المسألة إلى غرر وفساد ، غير أن الحكم يختلف فيها إذا نزلت على مذهب ابن القاسم .

فأمَّا إذا جعلا رأس المال الثمن الذي يبيعه به : فإنه تكون له إجارة المثل في بيعه العروض ، ثم يرد إلى قراض المثل في الثمن إذا لم يعثر عليه إلا بعد العمل ، وهي في سائر الوجوه أجير له إجارة مثله على خلاف وتحصيل قد قدمناه في كتاب المساقاة ، فلا نطول بذكره مرة أخرى ، والحمد لله وحده .

□□□

المسألة الثالثة
في نفقة العامل من مال القراض

ولا يخلو العامل من أن يكون في السفر أو في الحضر ، فإن كان في الحضر : فلا يخلو من أن يكون في موضع استيطان أم لا .

فإن كان في موضع له فيه استيطان : فلا نفقة له .

وإن لم يكن فيه استيطان كالغريب المقيم في بلد ليس له فيه أهل ، ولا هي له بوطن : فهذا تكون له النفقة ، ووجهه : أنه إذا كان غير مستوطن تلك البلدة ، ولا فيها أهل ، فما حبسه فيها إلا العامل بالمال ، فصار كالمسافر .

وإن كان في السفر : فالسفر ضربان :

سفر القرب والطاعات، وسفر طلب المتاجر والحاجات .

فأمَّا سفر البر والطاعات كالسفر إلى الحج ، أو إلى الغزو إذا خرج بمال القراض : هل تكون له فيه النفقة أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا نفقة لحاج ولا لغاز في طوري الإياب والذهاب ، وهو قول مالك في «المدونة » .

والثاني : أن لهما النفقة من مال القراض في الإياب والذهاب ، وهو قول ابن المواز .

والثالث : التفصيل بين الإياب والذهاب ؛ فتكون له النفقة في الذهاب دون الإياب ، وهذا القول يؤخذ من المدونة من مسألة المسافر في طلب

الأرباح ؛ حيث قال : « فإذا رجع إلى أهله لم يأكل منه » ، إلا أن المشهور ما بدأنا به ألا نفقة لهما .

ويتخرج في المسألة قول رابع : أن النفقة تقصي على قدر نفقته في سفره إلى الحج ، وعلى مال القراض ، وهذا القول يؤخذ من « المدونة » من مسألة الذي سافر إلى حاجته ، ثم أخذ مالاً قراضًا ، حيث قال تقصي النفقة ، على ما سنبين كيفية التقصيص إن شاء الله .

فأما الوجه الثاني وهو السفر في طلب المآرب والحاجات فلا يخلو من وجهين : إما أن يكون في موضع استيطان ، فللمذهب في ثبوت النفقة وإسقاطها على قولين :

أحدهما : إسقاطها في طوري الإياب والذهاب ،وهو مذهب المدونة وعليه الجمهور .

والثاني : ثبوتها فيهما ، وهو قول أشهب فيما رواه البرقي عنه في «المدونة » .

فإن سافر من موضع استيطان إلى غير استيطان ، فهل تكون له النفقة في طوري الإياب والذهاب ؟

فلا يخلو من أربعة أوجه :

إما أن يكون السفر بعيدًا والمال كثير .

وإما أن يكون السفر قريبًا، والمال قليل.

وإما أن يكون السفر بعيدًا ، والمال قليل .

وإما أن يكون السفر قريبًا ، والمال كثير .

فأما الوجه الأول : إذا كان السفر بعيدًا والمال كثير ، فله الأمران جميعًا ـ الكسوة والنفقة ـ في الذهاب ، قولاً واحدًا ، وفي الإياب قولان:

أحدهما : وجوب النفقة والكسورة ، وهو نص قوله في المدونة ؛ قياسًا للإياب على الذهاب .

والثاني : أنه لا نفقة له ولا كسوة ، وهو ظاهر قوله في المدونة ؛ حيث قال : « فإذا رجع إلى مصره لم يأكل منه » ، فيحتمل أن يريد بقوله :« إذا رجع » : أي : إذا وصل إلى مصره ، ويؤخذ أيضًا من قوله في « الكتاب» في الذي أخذ مالاً قراضًا من بلد له فيها أهل فخرج به إلى بلد له فيها أهل: وإنه لا نفقة له في الذهاب والرجوع ؛ لأنه ذهب إلى أهله ورجع إلى أهله ، وهذا الاستقراء ظاهر جدًا .

وأما الوجه الثاني : إذا كان السفر قريبًا والمال قليل ، فلا كسوة له قولاً واحدًا ، وفي النفقة قولان :

أحدهما : وجوب النفقة له ،وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه في « العتبية » .

والثاني : أنه لا نفقة له ، وهو ظاهر المدونة و« الواضحة » ، وقد قال في « الكتاب » : « إنما تكون له النفقة إذا كان المال يحمل ذلك » .

وأما الوجه الثالث : إذا كان السفر بعيدًا ، والمال قليلاً : فلا نفقة له ولا كسوة ، ولا أعرف في هذا الوجه نص خلاف .

وأما الوجه الرابع : إذا كان السفر قريبًا ، والمال كثير : فله فيه النفقة دون الكسوة ، إلا أن تكون له إقامة بموضع مثل الشهر والشهرين حتى يحتاج فيه إلى الكسوة ، فيجوز له أن يكسي منه ، وهو قوله في «المدونة » و« العتبية » .

وحد المال الكثير الذي تجب فيه النفقة والكسوة : إذا سافر مثل الأربعين دينارًا أو الخمسين ، وهو نص قول مالك في « الموازية» .

واختلف إذا خرج لحاجة تعرضت له في بلد من البلدان ، فأخذ مالاً [ق/ ١١٤/ ٢أ] قراضًا فخرج ، هل له فيه النفقة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن له فيه النفقة على قدره ، وأنه ينظر إلى قدر نفقته في سفره ، فيجعها كمال آخر ، فتقصي النفقة عليها وعلى ما أخذ من المال ؛ فإن كانت قدر مائة والقراض سبعمائة : فعلى المال سبعة أثمان النفقة ، وعلى العامل ثمن في خالص ماله ، وهذا قول ابن القاسم في « المدونة »، و« العتبية » ، و« الموازية » .

والثاني : أنه لا نفقة له في مال القراض أصلاً ؛ لأنه إنما خرج لحاجته لا بسبب القراض ، وهو قول سحنون في بعض روايات المدونة في رواية «المدونة » في رواية ابن لبابة ، وهو قول ابن عبد الحكم في « مختصره » ، ويؤخذ لابن القاسم من « المدونة » من مسألة الحاج إذا أخذ مالاً قراضًا فخرج به إلى الموسم والأصل في هذه الجملة : أن المراعي في استحقاق النفقة أن يكون خروجه من أجل المال ، وأن يكون السبب الباعث له على الخروج طلبًا لتنميته بتكثير المالية دون أن يكون ليبتاع حاجته ، وعارض ضرورة ؛ لأن الأصل عدم التسليط وعدم التصرف في ملك الغير إلا بحصول شرطه ، فإذا ثبت ذلك ، فإنه إنما يستحق من مال القراض على الشريعة المتقدمة ما لا ينفك منه الإنسان غالبًا كالنفقة ، والكسوة ، وكراء الركوب ، وكراء المسكن ، ودخول الحمام ، والحاجة ، وحلق الرأس ، وغسل الثوب ، وما أشبه ذلك ، وما فضل عند العامل إذا قدم من سفره ، فإنه يرده ويكون من جملة المال .

وأما خلق الثوب ،والجبة ، والقربة ، والغرارة ، والإداوة : فلا يرده ، وهذا قول ابن القاسم عن مالك في « المدونة » ،و« الموازية ».

والبضاعة إذا أخذها مثل القراض ينفق منها إذا شخص بها ، ولا

يكتسي منها .

وكذلك إذا دفـع إليه سلـعة يبيعـها له ، فله أن يـنفق منـها إذا باع ، ويكون ذلك علـى وجه المعروف ، وكان المال يحمل ذلك مـثل القدر الذي قدرناه في القـراض ، وهذا كله قول مالك في « كتاب مـحمد » ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الرابعة
في خلط المالين المأخوذين في القراض

ولا يخلو المالان من أن يكونا لملاَّك متعددة ، أو لمالك متحد .

فإن كانا لملاك متعددة : فالخلط جائز للعامل ابتداءً ، وهل يجوز له بشرط أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : الجواز .

[**والثاني** : المنع] (١).

ووجه القول الأول : أنه لا تهمة في ذلك ؛ إذ لا يأخذ كل واحد منهما إلا ربح ماله .

ووجه القول الثاني : كون رب المال يفيد له هذا الشرط غرضًا ناجزًا من استقراء الربح بمال العامل وغيره ؛ لأن التجارة لكثرة المال أشد تأتيًا وأشد تمكنًا .

وأما إذا كان لمالك متحد ؛ مثل أن يعطي له مالاً قراضًا ، ثم زاد له مالاً آخر : فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

إما أن يكون قبل العمل بالأول ، وإما أن يكون ذلك بعد التنضيض.

فإن كان ذلك قبل العمل : فلا يخلو من أن يشترط عليه الخلط ، أو لا يشترطه عليه .

فإن اشترط عليه الخلط : فالإجزاء حاصل ـ اتفقت الأجزاء أو اختلفت .

---

(١) سقط من أ .

فإن اشترط ألا يخلطهما ، وأن يعمل بكل مال على حدة : فلا يخلو من أن تتفق الأجزاء أو تختلف .

فإن اتفقت الأجزاء ، فقولان :

أحدهما : الجواز ، وهو ظاهر المدونة من قول الغير .

والثاني : أنه لا يجوز إلا بشرط الخلط ؛ كما في اختلاط الأجزاء.

فإذا اختلفت الأجزاء : فلا يجوز قولاً واحدًا ، للغرر والخطر .

فإن أخذ الثاني بعد استشغال الأول : فلا يخلو من أن يشترط الخلط ، أو لا يشترطه .

فإن لم يشترط الخلط : جاز ، ويعمل بكل مال على حدة ، ثم لا جبران بعد المالين .

فإن اشترط الخلط : فالإجزاء غير حاصل ـ اتفقت الأجزاء أو اختلفت .

حذار الخسران المفتقر إلى الجبران في الثاني ، ولزوم إجباره من الأول ظلم على العامل .

وأما الوجه الثالث : وهو أن يكون أخذه للثاني بعد تنضيض الأول : فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون المنضود هو رأس المال الأول من غير أن يزيد ، أو ينقص ، فإن لم يزد ولا نقص ، فإن اشترط الخلط : فالإجزاء حاصل ـ اتفقت الأجزاء أو اختلفت .

فإن أخذه على ترك الخلط : فالإجزاء غير حاصل ، وعند اتفاقهما قولان، وقد قدمناهما في الوجه الأول .

فإن نقص عن رأس المال : لم يجز أخذ الثاني على وجه ـ اتفقت

الأجزاء أو اختلفت ، اشترط الخلط أم لا ـ كأنه زيادة ازدادها رب المال ؛ إذ كأنه قصده ملاقاة الوضيعة ولزوم الإبقاء لقدرة العامل على رد رأس المال بالتنضيض .

فأما إذا زاد على رأس المال : فإن اختلفت الأجزاء ، أو اشترط ألا يخلطهما : فالإطباق على أن ذلك لا يجوز ، كما قدمناه في الوجه الأول للغرر والخطر ؛ فكأنه أخذ أحدهما لأجل الآخر .

فإن اتفقت الأجزاء ، أو شرط ألا يخلطهما : فالمذهب على قولين منصوصين في « الكتاب » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز جملة ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول غيره في المدونة لبعد التهمة لزوال الخسران المفتقر إلى الجبران .

ووجه قول ابن القاسم : ما قدمناه من قدرة العامل على فك عقد القراض عن نفسه بالتنضيض فكان أخذ الثاني عوضًا عن ترك الفك ولزوم الإبقاء ، وذلك زيادة ،والقراض لا يغلبها ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الخامسة
في نهي المالك للعامل عن الاسترسال في التصرف

اعلم أن رب المال إذا نهاه عن التصرف في بعض الأعيان وأباح له بعضها : فلا يخلو ذلك البعض المباح من وجهين :

إما أن يكون أكثر من البعض الآخر ، وإما أن يكون أقل منه .

فإن كان أكثر منه : فذلك غير جائز ؛ لأنه يخل بمقصود القراض الذي هو الاستمناء والاستكثار لسهولية وجوده شرقًا وغربًا ، متهمًا ومتحدًا في كل صوب وأوب .

وإن كانت أقل منه : فلا يخلو من ثلاثة أقسام : إما أن يعين له سلعة، وينهاه عن التصرف في غيرها .

وأما القسم الأول : فلا يجوز إلا أن تكون تلك السلعة عامة الوجود في الشتاء والصيف .

وأما الثاني : فلا يجوز على الإطلاق ، وسواء كان ذلك الرجل موسرًا لا تقدم منه السلع والمتاجر ، أو معسرًا يعدم ذلك عنده لإخلاله بمقصود القراض الذي هو النمو والزيادة لتجويز امتناعه عن مبايعة العامل صنفًا منه بماليته ، أو أنه لا يبيع إلا بالثمن المجحف العري عن الربح ، وبهذا فارق القسم الأول لبعد فرض امتناع كافة ملاكها عن بيعها .

وأما تعيين البلد : فذلك على قسمين :

أحدهما : أن تكون البلد حيث عقد القراض ، فذلك جائز ؛ لأنه يتجسم مشقة الحل والترحال ، وهذا إذا كان البلد المسمى لا تعدم منه السلع والمتاجر لسعته .

وأما إن كانت تلك المتاجر تعدم منه لصغره : فلا يجوز ،وتجري مجرى ما تقدم في إخلاله بمقصود القراض الذي بيناه .

والثاني : أن تكون البلد بغير موضع العقد حيث يتجسم الحل والترحال إليه ، فذلك على ضربين :

أحدهما : أن يخرج إليه ليتجر به ، وكانت التجارة موجودة فيه : فذلك جائز .

والثاني : أن يخرج إليه ليبيع فيه ما يحمل إليه أو يجلب منه ما يشتري فيه : فهذا للأصحاب فيه قولان : الجواز ، والمنع [ق/ ١١٥/ ٢أ] والتوجيه مأخوذ مما تقدم ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة السادسة

في اشتراء العامل من يعتق عليه أو على رب المال

وهذه الترجمة تحتوي على أربعة أسئلة :

الأول : أن يشتري من يعتق على نفسه .

والثاني : أن يشتري من يعتق على رب المال .

والثالث : أن يشتري أن يعتق عبدًا من مال القراض .

والرابع : أن يطأ جارية من مال القراض فيحبلها .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا اشترى العامل من يعتق إلا إذا كان له فيه شبهة ، واختلفت الأصحاب في تلك الشبهة ما هي على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها هي المال ، فمتى كان له عتق عليه ، ولا اعتبار بما سواه من علم وفضل ، وبه قال ابن المواز .

والثاني : أنها هي الربح ، فمتى كان هناك ربح عتق على العامل حصته منه ،ويقوم عليه نصيب رب المال إن كان موسرًا يوم الحكم .

وإن كان معسرًا : لم يعتق عليه نصيب رب المال ؛ بل يباع عليه للقراض ، إلا أن يريد رب المال أن يقومه عليه ويبيعه به دينًا : فإنه يتخرج على قولين ، وقد قدمناهما في « كتاب العتق الأول » في عتق أحد الشريكين .

وإن لم يكن هناك ربح : لم يعتق عليه ويباع ولا يعتبر عمله في شيء من ذلك ، ولا يسره إلا من باب التقويم ، وبه قال المغيرة .

والثالث : أن الشبهة المعتبرة هي اليسر إذا انضم إليه أحد الوصفين على

البدل ، إما العلم ، وإما الفضل ؛ فمتى كان موسرًا وهو عالم وفيه فضل : فإنه يعتق عليه ويغرم لرب المال الأكثر من رأس المال وحصته من الربح يوم الشراء أو يوم الحكم إن كان فيه فضل ؛ لأنه لما علم فقد رضى بالتزام الأكثر ، أو الأكثر من ثمنه الذي اشتراه به أو قيمته يوم الحكم إن لم يكن فيه فضل ؛ لأنه لما علم فقد رضى بالتزام الأكثر أيضًا .

وإن لم يعلم وفيه ربح أيضًا : عتق عليه نصيبه ، وقوم عليه نصيب رب المال ، كما قال المغيرة في القسم الثاني ، وهذا معنى قوله في «الكتاب» : « ويرد إلى رب المال رأس ماله وربحه » ، وتأثير العلم عنده في لزوم الأكثر .

وأما إن انفرد اليسر بلا علم ولا ربح : فلا يعتق منه شيء ويباع .

وكذلك إذا عدم وكان عالمًا أو غير عالم ، ولم يكن فيه فضل : فإنه يباع كله أيضًا .

وأما إن كان فيه فضل : عتق عليه نصيبه ، ويباع منه لرب المال رأس ماله وحصته من الربح يوم الحكم إن لم يعلم .

وإن علم : بيع منه لرب المال أيضًا برأس ماله وربحه يوم الحكم ، إلا أن يكون الثمن الذي اشتراه به أكثر من ذلك ، فيتبع بالزائد في ذمته ، وتأثير العلم في لزوم الأكثر أيضًا ، وبه قال ابن القاسم .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الربح متى يملكه العامل ، هل يملكه بالظهور من غير اعتبار بالمفاضلة ، فيكون له حكم الشريك ، وإنما يملكه بالتنضيض والمفاضلة ، فلا يكون له حكم الشريك .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا اشترى من يعتق على رب المال ـ مليًا كان العامل أو معدمًا ـ موسرًا كان رب المال أو معسرًا إن لم يكن في العبد ربح .

فإن كان فيه ربح : قوّم عليه نصيب العامل إن كان موسرًا ، وإن كان معسرًا بقى حظ العامل رقيقًا كالشريك المبعض للعتق سواء .

فإن كان عالمًا : فلا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان موسرًا : فإنه يعتق عليه ، ويغرم لرب المال رأس ماله وحصته من الربح إن كان في الثمن ربح يوم الشراء ؛ مثل أن يكون رأس المال مائة فربحه مائة ثم يشتري بمائتين : فإنه يغرم لرب المال مائة وخمسين ، منها مائة رأس ماله وخمسون حصته من الربح ، ولا شيء لرب المال في قيمته يوم الحكم .

وإن كان أكثر من الثمن ؛ إذ لا يربح فيمن لا يجوز له أن يملكه ، والولاء لرب المال في ذلك كله .

فإن كان معسرًا : فلا يخلو من أن يكون في الثمن الذي اشتراه به ربح، أو لم يكن .

فإن لم يكن فيه ربح ، وإنما اشتراه برأس مال القراض : فإنه يباع جميعه إلى أن يفي بيع بعضه برأس المال ، فلا يباع منه إلا ذلك ، ويعتق الباقي ، ويكون ولاؤه لرب المال ، وإن كان فيه ربح بيع لرب المال منه برأس ماله وحصته من الربح يوم الشراء إن كان هناك ؛ مثل أن يكون رأس المال مائة ، فربح آخر يشتريه بمائتين : فإنه يباع منه بمائة وخمسين ،ويعتق الباقي على العامل ، ولا يربح فيه رب المال أيضًا إن نابت قيمته على ذلك يوم الحكم ؛ لأن الربح المعتبر في « الكتاب» : ما كان في الثمن الذي اشترى به لا ما كان في قيمة العبد بعد الشراء ، ولم يفِ جميع العبد بحظ رب المال ، وابتع العالم بالباقي لتعديه ، وهذا تحصيل مذهب ابن القاسم في « المدونة » في هذه المسألة ، ولا خفاء بتوجيهه على من يشم رائحة

التفصيل .

وأما تحصيل ما فيها من الاختلاف على الجملة : إذا اشتراه وهو عالم على ما أشار إليه في الكتاب حيث قال : وقد اختلف في هذه المسألة ، وهذا أحسن ما سمعت ، والذي تحصل عندي من الخلاف المشار إليه ستة أقوال ، أكثرها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنهم يعتقون عليه إن كان له مال ويباعون عليه إن لم يكن له مال ، وهو قوله في « الكتاب » .

والثاني : أنهم يعتقون على رب المال جملة ، وهذا القول قائم من المدونة من « كتاب الرهن » على ما وقع في بعض روايات « المدونة » .

والثالث : أن البيع لا يجوز ، وهذا القول قائم من « المدونة » من «كتاب العتق الثاني » : في الأب يشتري من يعتق على ابنه الصغير .

والرابع : أنه لا يعتق على واحد منهما ، وهو قول ابن القاسم في سماعه في « العتبية » .

والخامس : أن العامل يضمن الثمن ، ويكون له العبد وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس عنه ،وهذا القول قائم من « المدونة » من مسألة الوكيل على ظاهر « الكتاب » .

والسادس: أن رب المال بالخيار؛إن أحب أن يأخذ فيعتق عليه، ويكون للعامل إن كان فيه فضل حصته من الربح ، وإن أحب أن يضمن العامل لتعديه : كان ذلك له ، وهذا القول أيضًا قائم من « المدونة » من «كتاب السلم الثاني » و« كتاب الوكالات » في تعدي الوكيل .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا أعتق العامل عبدًا من مال القراض : فلا يخلو من أن يعتقه العامل ، أو يعتقه رب المال .

فإن أعتقه العامل : فلا يخلو من أن يشتريه للعتق ، أو للقراض .

فإن اشتراه للعتق ، فإن كان موسراً : فـإنه يعتق عليه ويغرم لرب المال رأس ماله وربحه إن كان هناك ربح .

وإن كان اشتراه للقراض : فلا يخلو من أن تكون له قيمة تشبهه أم لا .

فإن لم تكن له شبهة : فلا ينفذ فيه عتقه ، ويباع في رأس رب المال .

فإن كان له فيه شبهة : فإنه ينفذ عتقه .

واختلف الأصحاب في تلك الشبهة على قولين منصوصين في «الكتاب» .

أحدهما : أن الشبهة المعتبرة : الإيسار ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب » .

والثاني : أن الشبهة المعتبرة : الربح ؛ فإذا كان فيه ربح عتق عليه حظه وقوّم عليه إن كان موسراً على حسب الشريك المبعض للعتق ، وإن لم يكن فيه ربح : لم يعتق عليه منه شيء ،وإن كان موسراً ، وهو قول الغير في «الكتاب » .

وعلى القول باعتبار الإيسار دون الربح ، فإن كان موسراً : فإنه يعتق ويغرم .

واختلف ماذا يغرم على قولين :

أحدهما : أنه يغرم لرب المال رأس ماله وحصته من الربح إن كان ثم ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يغرم له قيمته يوم العتق إلا قدر حظه فيه من الربح إن كان ثم ؛ لأنه من حينئذ فوته ، وهو قول بعض المتأخرين .

وإن كان معسراً على قول ابن القاسم [ق/١١٦/ ١٢أ]

فإنه لا يباع ولا يعتق منه شيء إن لم يكن فيه فضل .

فإن كان فيه فضل : عتق عليه حظه منه ،وتبعث البقية لرب المال يستوفي منها رأس ماله وربحه .

وإن أعتقه رب المال : فإنه يقوم عليه حظ العامل إن كان موسرًا .

وإن كان معسرًا : فقولان أيضًا :

أحدهما : أنه يعتق عليه بحصة العامل من الربح دينًا إن كان هناك ربح، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يعتق منه حق رب المال،ويبقى حظ العامل،ويباع له، وهو قول الغير في «الكتاب »، وهو الأظهر في النظر .

والجواب عن السؤال الرابع : إذا أحبل العامل جارية من مال القراض : فلا يخلو من أن يشتريها للقراض ، أو يشتريها للوطء ، أو جهل أمره .

فإن اشتراها للقراض ، ثم تعدى عليها فأحبلها : فلا يخلو من أن يكون موسرًا ، أو معسرًا .

فإن كان موسرًا : فإنه يغرم قيمتها وتكون له أمّ ولد .

واختلف في القيمة متى تعتبر على قولين :

أحدهما : أنه يغرم قيمتها يوم الوطء إلا قدر حظه من الربح ، وهو قوله في « كتاب محمد » .

والثاني : أنه يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء أو يوم الحمل من الثمن الذي اشتراها به ، وهو قول ابن المواز .

ولا شيء عليه من قيمة الولد في الوجهين جميعًا .

فإن كان الواطئ معسراً هل تباع عليه ، أو يتبع ؟ قولان :

أحدهما : أنه تباع عليه فيما يجب لرب المال .

فإن كان فيها فضل بيع منها بقدر رأس المال وربح رب المال ويتبع بنصف قيمة الولد ، فإن لم يفِ ثمنها بما وجب عليه من القيمة : فإنه يتبع الزائد .

والثاني : أنه يتبع بالقيمة دينًا في ذمته ، ولا تباع عليه .

والقولان لمالك في كتاب محمد ، وهما قائمان من المدونة من مسألة الأمة بين الشريكين ، فعلى القول بأنها لا تباع ، هل يتبع بقيمة الولد أوبنصفها إن كان فيه فضل ، وكان القراض على النصف أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتبع بالقيمة ، أو بنصفها ، وهو قول مالك في« المدونة » و« الموازية » .

والثاني : أنه لا شيء عليه من قيمة الولد ، وهذا القول أيضًا قائم من «المدونة » وغيرها.

وسبب الخلاف : القيمة متى تعتبر ؟ هل يوم الوضع أو يوم الحمل ؟

وإن كانت حائلاً وكان موسراً : خير رب المال بين التقويم والترك .

وإن كان معسراً هل تباع فيما لزمه من القيمة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنها تباع فيما لزمه من القيمة بناء منه على أنه بنفس التعدي تعلقت القيمة بذمته .

والثاني : أنها لا تباع وتبقى بحالها ؛ بناءً على أن الخيار في التقويم لرب المال .

والقولان لمالك في « الموازية » .

وأما الوجه الثاني : إذا تسلف مال القراض فاشتراها لنفسه فأحبلها : فلا يخلو من أن يكون له مال أو لا ؛ فإن كان له مال فإنه يغرم لرب المال.

واختلف ما الذي يغرم له على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يغرم قيمتها يوم الوطء.

والثاني : أنه يغرم الثمن .

والثالث : أنه يغرم الأكثر من الثمن أو قيمتها يوم الوطء أو يوم الحمل.

والأقوال الثلاثة لابن القاسم .

فإن لم يكن له مال ، هل تباع عليه ، أو يتبع في الذمة ؟ قولان :

أحدهما : أنها تباع كلها إن لم يكن فيها فضل ، فإن كان فيها فضل : بيع منه بقدر رأس المال أو حصة رب المال من الربح ، وهو قول ابن حبيب وغيره .

والثاني : أنها لا تباع ، ولا خيار في ذلك لرب المال ، وأن الحمل فوت يتبع العامل بالثمن في ذمته ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب محمد » .

وهكذا الحكم في الذي اشترى أمة بمال البضاعة فأحبلها ، فالجواب وحد في هذا كله إذا ثبت وتقرر أن العامل اشتراها لنفسه أو للقراض .

وأما الوجه الثالث : إذا اشتراها وأبهم الأمر ، ولا يدري إن كان لنفسه اشترى أو للقراض ، هل يصدق أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يصدق وتكون له أمّ ولد ويتبع بالقيمة في ذمته ؛ لأنه يتهم في بيع أمّ ولده ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أنه يصدق لأنه أمين على التصرف في المال إذا ادعى الضياع ،

فكيف إذا ادعى الشراء والملاقاة ،وكونه تعدى على الوطء لا يدل على الشراء لنفسه ، بل ينبغي أن لا يقبل قوله إن ادعى الشراء لنفسه إذا كان معسراً ، لما في ذلك من الضرر برب المال ، وهو ظاهر قول ابن حبيب ؛ لأنه لا فرق عنده بين أن يشتريها لنفسه أو للقراض إذا كان معسراً أنها تباع عليه أو يباع منها بقدر رأس ماله وحصته من الربح إن كان فيها فضل .

وذهب بعض المتأخرين إلى أن الخلاف في بيعها في العدم إنما يتصور فيها إذا وطئ ، ولم يعلم إن كان اشترى للقراض أو لنفسه بمال استسلفه من مال القراض : فحمله مالك على ما رواه عنه ابن حبيب على أنه اشتراها للقراض ، ولم يصدقه أنه اشتراها لنفسه ، ولذلك قال : إنها تباع في القيمة إذا لم يكن له مال ، وحمله ابن القاسم على أنه اشتراها لنفسه بمال تسلفه من مال القراض ، ولم يصدقه على أنه اشتراها من مال القراض ؛ ولذلك قال : إنه لا تباع في عدمه ، وأما لو علم أنه اشترها لنفسه من القراض ، فلا تباع ويتبع بالثمن الذي اشتراها به قولاً واحدًا ،والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة السابعة
في اختلاف دافع المال والمدفوع إليه

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة أسئلة :

أحدها : إذا قال الدافع : دفعته قراضًا ، وقال المدفوع إليه : بل وديعة .

والثاني : إذا قال المدفوع إليه : أخذته قراضًا ، وقال الدافع إليه : بل أبضعته معك لتعمل به .

والثالث : إذا قال المدفوع إليه : أخذته قراضًا ، وقال رب المال : بل قرضًا .

والجواب عن السؤال الأول : إذا قال الدافع : دفعته قراضًا وقال المدفوع إليه : بل وديعة : فلا يخول الأمر فيه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون المال حاضرًا .

والثاني : أن يكون غائبًا .

والثالث : أن يكون قد تلف قبل أن يحركه المدفوع إليه أو بعد أن حركه.

فإن كان حاضرًا : فليس بمسألة ، يأخذ رب المال ماله .

وإن كان غائبًا : ففي ذلك قولان :

أحدهما : أن القول قول الدافع ، وهو قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك في « المدونة » .

والثاني : أن القول قول المدفوع إليه المال ؛ لأنه لا يؤخذ أحد بغير ما

أقرَّ به على نفسه ، وهو قول أشهب ، وابن عبد الحكم ،وروايتهما عن مالك .

وأما إن تلف قبل أن يحركه أو بعد أن حركه ثم رده في موضعه : ببينة على القول بأن المودع إذا تجر في الوديعة لا يصدق في ردها إلى موضعها إلا ببينة ، أو بغير بينة على القول بأنه يصدق في ردها إلى موضعها ، ففي ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : أن القول قول رب المال ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني : أن القول قول المدفوع إليه .

وإن تلف بعد أن حركه : كان القول قول الدافع ، وهو قول أشهب .

وأما على القول بأن المودع إذا حرك الوديعة لا يبرأ من ضمانها إلا بصرفها إلى ربها ، فإنه يكون ضامنًا دون يمين يلزم الدافع .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا قال المدفوع إليه : أخذته قراضًا ، وقال الدافع : بل أبضعته معك لتعمل فيه ، هل يكون القول قول رب المال على حكم المدعى والمدعى عليه ، ويحمل على أن كل واحد منهما مدع على صاحبه ؟ فبين المتأخرين قولان تأويلاً على المدونة :

أحدهما : أن ذلك حكم المدعي والمدعى عليه ، ويكون القول قول رب المال مع يمينه ، ويكون عليه للعامل الأقول من إجارة المثل ، أو ما يدعيه من الربح ،وهذا تأويل أبي إسحاق التونسي على « المدونة » ، وهو أسعد بظاهر « الكتاب » ؛ ولأن رب المال قد ادعى ما يشبه لكون القابض قد أقرَّ له بالمال ، ثم ادعى فيه جزءًا من الربح ، فصار مدعيًا .

والثاني : أن كل واحد منهما مدع على صاحبه ؛ فرب المال يدعي على العامل أنه عمل له في المال باطلاً ، والعامل يدعي أنه عمل له فيه على

نصف الربح : فوجب أن يتحالفا جميعًا ، فإن حلفا جميعًا ، أو نكلا جميعًا عن اليمين : كان للعامل الأقل من إجارة المثل ، وما يدعيه من الربح ، ويكون معنى قوله في « الكتاب » : إلا أن يكون إجارة مثله أكثر من نصف الربح فلا يزاد عليه يريد بعد أن يحلف ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر : كان القول قول الحالف منهما ، وهذا تأويل القاضي أبي الوليد [ق/ ١١٧/ ٢أ] ابن رشد قال : وعلى هذا ينبغي أن تحمل الرواية وتصرف العناية إليه بالتأويل ، ولا يلتفت إلى ألفاظها التي تدل على أنه جعل القول قول رب المال ، فإن نكل : كان القول قول العامل .

وقد وقع له في « الكتاب » في آخر هذه المسألة لفظ فيه إشكال تنازع المتأخرون في تأويله ؛ وذلك أنه قال : القول قول رب المال ، فإن نكل كان القول قول العالم إذا كان ممن يستعمل مثله في القراض .

وقال بعضه : إن ذلك حشو، وإنه لفظ يستغني عنه ، وإن المسألة تتم دونه .

وقال بعضهم : بل ذلك اختلاف قول ؛ لأن المعهود من أصله في «الكتاب » أن المدعى إذا نكل عن اليمين ، فإن المدعى عليه يحلف إذا أتى بما يشبه أم لا ، فكذلك ينبغي أن يكون في هذه المسألة ؛ لأن رب المال قد مكنه من دعواه بنكوله؛ فوجب أن يحلف وإن لم يأت بما يشبه .

وقال بعضهم: بل ذلك لفظ صحيح لا إشكال فيه ولا اعتراض عليه ؛لأن قوله: « إذا كان ممن يستعمل مثله في القراض»،ليس من تمام المسألة، وإنما المعنى في المسألة :أن الكلام قد تم بقوله :« فإن نكل عن اليمين كان القول قول العامل مع يمينه» ثم ابتدأ وقال: » هذا الذي وصفته من الأيمان إنما يكون إذا كان ممن يستعمل مثله في القراض»، فيكون كل واحد منهما قد ادعى على صاحبه ما يشبه فوجبت عليه اليمين على ما قلناه؛

لأن المسألة على ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون المدفوع إليه المال لا يشبه أن يستعمل مثله في القراض.

والثاني : أن يكون ممن يشبه أن يستعمل مثله في القراض .

والثالث : أن يكون ممن يعلم أنه يستعمل مثله في القراض .

فأما إذا كان ممن يشبه أن يستعمل مثله في القراض : فلا يمكَّن من اليمين ؛ لإتيانه بما لا يشبه ، ويكون القول قول رب المال ، فإن حلف استحق ما ادعاه من أنه كان أبضع معه المال .

فإن نكل عن اليمين : كان القول قول العامل .

فإن كان مثله لا يستعمل في القراض ؛ لأن رب المال قد مكَّنه من دعواه بنكوله .

فأمَّا إن كان مما يشبه أن يستعمل مثله في القراض كان لكل واحد منهما مدع على صاحبه بما يشبه ، فوجب أن يحلفا جميعًا ، فإن حلفا أو نكلا جميعًا : كان له الأقل ، على ما تقدم .

وإن كان مما يعلم أن مثله يستعمل مثله في القراض: لوجب أن يكوّن القول قوله، على قول ابن القاسم في المدونة في مسألة الصانع في«كتاب الجعل والإجارة »فى الصانع ورب الثوب يختلفان، فيقول رب الثوب :عملته باطلاً ، ويقول الصانع : بل عملته بكذا وكذا أن القول قول الصانع، وهذا تأويل القاضي أبي الوليد بن رشد ، والذي قاله ظاهر في المعنى ، بعيد في اللفظ .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا قال المدفوع إليه المال : أخذته قراضًا، وقال رب المال: بل دفعته إليك قرضًا : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون المال قد تلف كله أو بعضه قبل أن يحركه .

والثاني : أن يكون تلف أو نقص بعد أن حركه .

والثالث : أن يكون زاد بربح فيه .

فأما إذا تلف المال كله أو بعضه قبل أن يحركه : ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها : أن القول قول المدفوع إليه ، وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك .

والثالث : التفصيل بين أن يتلف قبل أن يحركه أو بعد أن حركه.

فإن تلف قبل أن يحركه : كان القول قول المدفوع إليه .

وإن تلف بعد الحركة : كان القول قول الدافع ، وهو قول أشهب .

وأما إن تلف المال أو نقص بعد أن حركه : فالقول قول رب المال باتفاق بين ابن القاسم وأشهب ؛ لأن المدفوع إليه مدع في مال قد حركه أنه لا ضمان عليه .

وأما إذا أدار المال فربح فيه : فقد اختلف فيه المذهب أيضًا على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الربح يوقف ممن أكذب نفسه ، ورجع إلى قول صاحبه كان الحكم على ما يدعيه المرجوع إلى قوله الذي أقر له .

والأقوال الثلاثة تقاس على ما في « كتاب إرخاء الستور » ، و« كتاب الرهون » من « المدونة » ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

كتـاب الأقضية



كتاب الأقضية

بسم الله الرحمن الرحيم . قال الله تعالى : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (١) .

ففرض الله تبارك وتعالى على الحكام العدل في الحكم ، وأن لا يتبعوا الهوى ، ولا يشتروا بآياته ثمنًا قليلاً ، وفرض لهم على الناس التسليم، وبذل السمع ، والطاعة ، والانقياد ، فقال : ﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ (٢)، وقال : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ (٣)، فقرن طاعته بطاعة رسوله وبطاعة أولي الأمر من عباده .

وقال عليه السلام : « **من أطاعني فقد أطاع الله ، ومن عصاني فقد عصى الله ، ومن أطاع أميري فقد أطاعني ، ومن عصى أميري فقد عصاني** »(٤) ومن عصى إمامًا ، أو قاضيًا ، أو حاكمًا من الحكام في ما أمر به من الحق، أو حكم به من وجه العدل ، فقد عصى الله ورسوله وتعدى حدوده .

وأما إن قضى بغير العدل ، أو حكم بغير الحق فطاعته غير لازمة لقوله ﷺ : « **لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق** » (٥) إلا أن يخشى أن تؤدي مخالفته إلى الهرج والمرج بالفساد ،وسفك الدماء ،وسبي الأموال ، وهتك

---

(١) سورة ص الآية (٢٦) .

(٢) سورة النساء الآية (٦٥) .

(٣) سورة النساء الآية (٥٩) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٩٧) ، ومسلم (١٨٣٥) .

(٥) أخرجه أحمد (١٠٩٥) بسند صحيح .

الحرم : فتجب طاعته حينئذ على كل حال .

فالحكم بالعدل من أفضل أعمال البر ، وأعلى درجات الأجر ، وقال تعالى : ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾ (١) ، وقال ﷺ : « **المقسطون على منابر من نور يوم القيامة على يمين الرحمن وكلتا يديه يمين** » (٢) ، وقال ﷺ : « **سبعة يظلهم الله في ظله يوم القيامة لا ظل إلا ظله** » (٣) ، فبدأ بالإمام العادل .

والجور في الأحكام ، واتباع الهوى فيها من أعظم الذنوب ، وأكبر الكبائر ، قال الله تعالى : ﴿ **وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا** ﴾ (٤)، يقال : قسط : إذا جار ، وأقسط : إذا عدل .

والقضاء محنة ، ومن دخله فقد ابتلى بعظيم ؛ لأنه قد عرض نفسه للهلاك ؛ إذ التخلص على من ابتلى به عسير ، وخرج أبو داود عن بريدة الأسلمي أن رسول الله ﷺ قال : « **القضاة ثلاثة : واحد في الجنة ، واثنان في النار ، ورجل قضى في الناس بجهل فهو في النار** » (٥) .

وروى عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « **إذا حكم الحاكم فاجتهد [فأصاب] (٦) فله أجران ، وإذا حكم واجتهد فأخطأ فله أجر واحد** » (٧) .

---

(١) سورة المائدة الآية (٤٢) .

(٢) أخرجه مسلم (١٨٢٧) .

(٣) أخرجه البخاري (٦٢٩) ، ومسلم (١٠٣١) .

(٤) سورة الجن الآية (١٥) .

(٥) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣) ، والترمذي (١٣٢٢) ، وابن ماجه (٢٣١٥) ، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٦) سقط من أ .

(٧) أخرجه أبو داود (٣٥٧٤) ، والترمذي (١٣٢٦) ، والنسائي (٣٥٨١) ، وابن ماجة (٢٣١٤) ، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله .

وطلب القضـاء ، والحرص عليه حسرة ، وندامة يـوم القيامة ، وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : « **ستحرصون على الإمارة ، وستكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة ، وبئست الفاطمة** » [١].

وروى أنس عن النـبي ﷺ أنه قال : « **من طلـب القضاء وكـل إليه ، ومن لم يطلبه ، ولم يستعن عليه أنزل الله إليه ملكًا يسدده** » [٢] .

وروى عنـه أبو موسـى الأشعري أنـه قال ﷺ: «**لا نـسـتـعـمل ، ولـن نستعمل على عملنا من أراده** »[٣].

قال مالك : كان مما يتحـدث به الناس أن النبي ﷺ قال : « **لا تسـأل الإمارة ، فإنك إن تـولها عن غير مـسألة تعن علـيها ، وإن تولها عـن مسألة توكل إليها** » [٤].

وروى ابن القاسم عن مكحول قال : لو خيرت بين القضاء ، وبين المال لاخترت القضاء ، ولو خيرت بين الـقضاء وضرب عنقي لاخترت [ضرب عنقي] [٥].

قال قتادة : إن موسى قال :يا رب ما أقل ما وضعت في الأرض ؟ قال : العدل .

وقال يحيى بن سعيد : وليست قـضاء الكوفة ، وأنا أرى أنه ليس على الأرض شيء من العلم إلا وإني قد سمعته ، فـأول مجلس جلست للقضاء

---

(١) أخرجه النسائي (٤٢١١) ، وأحمد (٩٧٩٠) وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٢) أخرجه أبـو داود (٣٥٧٨) ، وأحمد (١٣٣٢٦) ، وصححه الـشيخ الألبانـي رحمه الله تعالى.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٢) ، ومسلم (١٧٣٣) .

(٤) أخرجه البخاري (٦٢٤٨) ، ومسلم (١٦٥٢) .

(٥) سقط من أ .

اختصم إليَّ رجلان في شيء ما سمعت فيه شيئًا .

وأول ما استقضى معاوية رضي الله عنه ولم يكن لرسول الله ﷺ ولا لأبي بكر ولا لعمر ، ولا لعثمان قاض ، وكان الولاة هم الذين يقضون،وهذا قول مالك في« العتبية »،و« الموازية »،و«الواضحة»، وأنكر قول أهل العراق [ق/١١٨/ ٢أ] وأن عمر استقضى شريحًا ، وقالوا : كيف يستقضى بالعراق ، ولا يستقضى بالشام واليمن وغيرهما ، وليس كما قالوا ، وروى العلاء بن كثير أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نظر إلى شاب قدوفد عليه ، فاستحلاه عمر وأعجبه ، فإذا هو يسأله القضاء ، فقال له عمر : كدت تغرنا بنفسك ، إلا أن هذا الأمر لا يقوى عليه من يحبه .

وقال مالك في المجموعة : ومن عيب القضاء أنه إذا عزل أنه لا يرجع إلى المجلس الذي كان يتعلم فيه .

وأما صفة القضاة : فاعلم أنهم قالوا : للقضاة خصال مشترطة في انعقاد الولاية ، وخصال مشترطة في استدامتها ، وتوجب عزل القاضي عن الولاية إذا أخل بشيء منها ، وخصال مستحبة فيها .

فأمَّا الخصال المشترطة في انعقاد الولاية : فإذا عدمت ، أو واحدة منها لم تنعقد له الولاية ، وهي ستة خصال : أن يكون حرًا، مسلمًا ، بالغًا ، عاقلاً ، واحدًا ؛ فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية ، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاء الولاية سقطت الولاية .

وقلنا : أن يكون حرًا احترازًا من العبد ، وقد قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب : لا خلاف بين المسلمين أنه لا يكون قاضيًا .

ووجه ذلك : أن منافع العبد مستحقة لسيده ، فلا يجوز له أن يصرفها للنظر بين المسلمين ؛ ولأنه ناقص الحرمة نقصًا يؤثر في الإمامة كالمرأة .

وقولنا : مسلمًا ؛ احترازًا من الكافر ، ولا خلاف بين المسلمين أن من هو في محل الغباوة وغزارة الحداثة وعدم الحكمة ، فالهداية وقلة المعرفة ، والدراية لا ينبغي أن يتقلد شيئًا من أمور المسلمين لعدم الخطاب ، والوقوف على مراسم الكتاب .

وقولنا : ذكر ؛ احترازًا من الأنوثة .

وقد اختلف فقهاء الأمصار في المرأة ، هل يجوز أن تلي القضاء أم لا ، فذهب مالك والشافعي إلى أنها لا يجوز أن تلي شيئًا من النظر في أمر من أمور المسلمين ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز أن تلي القضاء دون القصاص ، وذهب محمد بن الحسين ، ومحمد بن جرير الطبري إلى أنه يجوز أن تكون قاضية على كل حال [ ] [1] ما روى أن رسول الله ﷺ أنه قال : « **لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة** » .

ومن طريق العموم أنه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الأنوثة كالإمامة الكبرى .

قال القاضي أبو الوليد : ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين في عهد النبي ﷺ أنه لم يقدم لذلك في عصر من الأعصار ، ولا مصر من الأمصار امرأة [للقضاء] [2] كما لم [يقدمها] [3] للإمامة .

وقولنا : عاقلاً : احترازًا من المجنون ، ولا خلاف في ذلك أيضًا .

وقولنا : واحدًا منفردًا : احترازًا من أن يتولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك ، فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في قضية ولاقبول ببينة

---

(١) قدر كلمة غير واضحة بالأصل .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

ولا إنقاذ حكم قال الشيخ أبو إسحاق بن شعبان في « الزاهي» : فالحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم ، فلا يجمع اثنان فيكونان جميعًا .

وأما أن يستقضي في البلد القضاة ، والحكم ينفرد كل واحد منهم بالنظر فيما يرفع إليه من ذلك فجائز ، والدليل على ذلك : إجماع الأمة ؛ لأنه لم يختلف في ذلك واحد في زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا ، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان ،ولا في بلد من البلدان.

ودليل آخر : أن المذهب مختلف والأغراض متباينة ،ولا يصح أن يتفق رأى رجلين في كل شيء حتى لا يرى أحدهما فيه خلاف ما يرى الآخر.

وإذا أشركا بين الحكمين عاد ذلك إلى اختلافهما في المسائل وتوقف نفوذها كالإمامة ؛ لأنهما يحكمان في قضية واحدة وليس بولاية ، فإن اتفقا نفذ حكمهما، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم ما لم يكن في ذلك مضرة ،ولا مفسدة ،وهذا بناء في الولاية ؛ لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال عند المخالفة ، فيؤدي ذلك إلى توقف الأحكام وامتناع نفوذها .

وأما الخصال المشترطة في الاستدامة [والتي] [1] توجب عزل القاضي عند الإخلال بشيء منها فهي : أن يكون سميعًا، بصيرًا ، متكلمًا، عدلاً.

فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولي القضاء إلا من اجتمعن فيه ، فإن ولى من لم يجمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه ، ويكون ما مضى من أحكامه نافذًا جائزًا إلا الفاسق الذي يعزل : فاختلف في أحكامه التي صادف فيها وجه الحلم ، وعثر على الصواب على قولين :

(١) سقط من أ .

أحدهما : أنها جائزة ، وهو قول أصبغ .

والثاني : أنها مردودة ؛لأن مصادفته للحق من غير قصد إلى إيقاعه كنقد الأعمى إذا صادف درهمًا زائفًا ، وهذا مشهور المذهب ، فعلى هذا القول تكون العدالة من شروط صحة انعقاد الولاية كالإسلام وأخواته .

وأما السمع والبصر : فقد حكى فيهما أصحابنا الإجماع إلا ما حكاه الماوردي عن مالك في جواز قضاء الأعمى ،وهو غير معروف من مذهبه .

والدليل على أن ذلك لا يجوز : أن في تقديمه تضييق على المسلمين في طريق القضاء ، وإنفاذ الأحكام ،والحاكم مضطر إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبًا من مطالب الحق ، والأعمى وإن كان يميز الأصوات فلا يميز إلا من يكرر عليه صوته ،وليس كل من يشهد عنده بشهادة من يتكرر إليه يعقل عليه ؛ فقد يشهد بها عنده من لم يسمع كلامه قبل هذا .

وأما السمع : فإنه يفتقر إلى أن يسمع دعوى الخصم وأداء الشهادة ، وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته فيعرضها عليه ، ومنهم من لا يكتب ، مع ما في ذلك من تضييق الحال على الناس ، وتعذر سبيل الحكم،وذلك يجب أن يمنع منه .

وهل يجوز أن يكون الأمي الذي لا يكتب حاكمًا إن كان عالمًا عدلاً لم أر فيه لأصحابنا نصًا لا لمتقدم ولا لمتأخر ،ولأصحاب الشافعي قولان: الجواز ، والمنع ، والأظهر : الجواز ؛ لأن إمام المرسلين ، ورسول رب العالمين ، وأفضل الحكام كان لا يكتب ،ولا يعترض على ذلك بأن يقال النبي ﷺ مخالف لغيره من البشر ، فإن المخالفة في غير ذلك .

وأما في فصل القضاء فهو فيه مع سائر المكلفين على سواء ، والدليل على ذلك الحديث المشهور قد خرَّجه مالك وغيره من طريق أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال : « **إنما أنا بشر مثلكم ،وإنكم لتختصمون إليَّ..** »[1] الحديث .

---

(١) أخرجه البخاري (٦٥٦٦) ، ومسلم (١٧١٣) .

فبين النبي ﷺ أنه من البشر ، وأنه لا يعلم الغيب ، ولا المحق من الخصمين من المبطل ، وأخبر بأن حاله في ذلك كحال غيره ؛ لأنه لا يعلم الغيب إلا ما اطلع عليه بالوحي .

ولما كانت الدنيا دار تكليف ،وكانت الأحكام تجري على ذلك أجرى في غالب أحواله في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام ؛ ولذلك لم يقل في مسألة المتلاعنين أنه أعلم بالكاذب منهما ؛ بل قال : يعلم الله أن أحدكما كاذب ، فهل منكما من تائب ؟.

وأما الخصال المستحبة فكثيرة ، قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: لا ينبغي للرجل أن يكون قاضيًا حتى تكون فيه خمس ضلال : حتى يكون ورعًا ، ويكون نزيهًا ،ويكون عالمًا بما كان قبله من الأقضية .

وفي رواية أخرى عنه : ويكون عالمًا بالفقه والسنة ذا نزاهة عن الطمع مستحقًا كالأئمة ، حليمًا على الخصم ، مستشيرًا لذوي الرأي .

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : لا يصلح أن يلي هذا الأمر إلا حصيف العقل ، قليل الغرة ، بعيد المهمة ، لا يطلع الناس منه على عورة،ولا يخشى في الله لومة لائم [١].

وقال أيضًا رضي الله عنه : لا يصلح أن يلي هذا الأمر إلا الشديد في غير عنف ، اللين في غير ضعف ، [الجواد] [٢] في غير سرف ، البخيل في غير وكف ، وربما قال : الممسك في غير بخل [٣].

قال مالك ـ رحمه الله : ولا أرى خصال القضاء تجتمع في أحد ، فإذا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٧ / ١١) .

(٢) في أ : الجود .

(٣) أخرجه أبو عبيد في الغريب (٢ / ٨٩) .

اجتمعت منها خصلتان في رجل رأيت أن يولي العلم والورع.

قال ابن حبيب : وإن لم يكن في الرجل علم وورع ، فعقل وورع ؛ فإنه بالعقل يسل وبالورع يقف ، فإذا طلب [العلم] [1] وجده ، وإن وجد العقل لم يجده .

ومن سيرة القضاة اتخاذ المجلس ،وأن يكون في المسجد ، ويرضى فيه بالدون [ق/ ١١٥/ ٢أ] من المجلس ؛ ولهذا قال مالك ـ رحمه الله ـ القضاء في المسجد من الحق ، وهو من الأمر القديم .

فإذا اتخذ المجلس وعين الوقت للجلوس ، فقد استراح وأراح غيره، ولا يطول في المجلس ؛ لأن ذلك مما يضر به ويذهب بفطنته، وإنما تكون أوقات واسعات معلومة للجلوس .

ولا ينبغي أن يقضي وهو يمشي إلا في الشيء اليسير ، وأجاز ذلك أشهب إذا كان ذلك يضر به .

واختلف هل يجلس للقضاء فيما بين العشاءين أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يجلس من حدث في تلك الساعة يأمر فيه ، وينهى مما يخشى فواته ، وأما أن يجلس لفصل القضاء واستيعاب البينات والتعرض لاستيفاء حجج الخصوم فلا ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني :أنه يجوز الجلوس بين المغرب والعشاء لمن أراد المجيء ، ولا يكلف ذلك أحد ، ولا يجلب الكاره ، وهو قول أشهب في « المجموعة».

وقال محمد بن عبد الحكم : لا ينبغي للحكم أن يجلس أيام النحر ، ولا يوم الفطر ، ولا ما قاربه مما يضر فيه بالناس في حوائجهم ولابد لهم ، وكذلك يوم عرفة ، ويوم التروية مما جرى عليه من الناس ، وكذلك إذا

---

(١) في أ : العمل .

كان الطين والوحل وأضر ذلك بالناس .

وأنه يترك الجلوس إذا دخل عليه هم ، أو نعاس ، أو ضجر ، أو كان شبعانًا ، أو [جائعًا] [١] : فليقم ولا يجلس .

وكذلك أمر يمنعه من استيفاء النظر فيما بين الخصمين .

واختلف فيما إذا استشعر الملك من نفسه في مجلس حكمه ، هل يتحدث مع أهل مجلسه أو يقم على قولين :

أحدهما : أنه يتحدث مع أهل مجلسه في غير الحكم ،وهو قول ابن عبد الحكم .

والثاني :أنه يقوم ولا يجلس .

[فهذه] [٢] لمع من آداب القضاء مما لا يمكن أن نخلي الكتاب من ذكرها ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

---

(١) في أ : جيعانًا .

(٢) في أ : فهذا .

المسألة الثانية
فيما يتوجه على القاضي إذا دنا إليه الخصمان

وإذا جلس الخصمان بين يدي القاضي : فهو بالخيار إن شاء سألهما عن خصومتهما ، وإن شاء سكت حتى يبتدئاه .

فإذا ابتدءاه أو سألهما ، فإن علم المدعى منهما فليبادر له بالكلام ، فإن تكلم المدعي أسكت المدعى عليه ،واستمع من المدعى حتى يأمره بالسكوت، ويستنطق الآخر .

فإن لم يعلم أيهما المدعي فلا بأس أن يقول لهما : أيكما المدعي ، فإن قال هذا سأله ، وأسكت صاحبه ، فإن قال أحدهما : أنا ، وسكت صاحبه ولم ينكر : فلا بأس أن يسأله عن دعواه ،واستحب بعض العلماء ألا يسأله حتى يقر له بذلك الآخر .

فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو المدعي ،وأن صاحبه هو المدعى عليه، فإن علم الذي استعدى على صاحبه وجلبه إلى القاضي : فإنه يسمع منه أولاً .

فإن لم يدر من جلب منهما صاحبه : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القاضي يقيهما عنه حتى يأتي أحدهما إلى الخصومة ، فيكون هو الطالب ، وهو ظاهر قول أصبغ في « كتاب ابن حبيب » .

والثاني : أنه يبدأ بمن شاء منهما ، وهو قول ابن عبد الحكم ، ومن المدونة : قلت لابن القاسم : ما قول مالك في الخصمين إذا أتيا إلى القاضي ، فيتبين له أن الحق لأحدهما ، فأراد أن يحكم للذي اتضح له

الحق ؟! قال : سمعت مالكًا وهو يقول من وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان حجتهما ،وفهم القاضي عنهما ، فأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما : أبقيت لكما حجة ، فإن قالا : لا . قضى بينهما وأوقع الحكم، فإن أتيا بعد ذلك يريدان نقض ذلك لم يقبل ذلك منهما إلا أن يأتيا بأمر يرى أن لذلك وجه ، قال : معناه أنه إن أتى بشاهد عند من لا يرى الشاهد واليمين يريد أو بينة لم يعلم بها ، قاله في « كتاب السرقة » من « المدونة » وقال الخصم: لا أعلم لي شاهدًا آخر ، فوجه القاضي الحكم عليه ثم قدر على شاهد آخر بعد ذلك أنه يقضي بهذا الآخر ، وما أشبه هذا مما قال مالك يعرف به وجه حجته ، والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : قوله :« إذا فهم القاضي منهما » .

والثاني : قوله : « أبقيت لكما حجة » .

[**والثالث**] [1]: قوله :« إذا أتى بشاهد عند من لا يرى القاضي بالشاهد واليمين فوجه الحكم عليه ثم قدر على شاهد آخر بعد ذلك » .

فأما الموضع الأول : وهو القول إذا فهم القاضي عنهما ، فأراد أن يحكم بينهما : قال الشيخ أبو القاسم بن محرز : جعل فهمه منهما مقام ما يسمعه منهما ، والذي قاله هو ظاهر « الكتاب » .

وقال غيره من المحققين : ليس مراد صاحب « الكتاب » ما قاله أبو القاسم ، فإن معناه : أنه فهم عنهما ما سمعه وحققه تحقيقًا يدفع عنه الريب والاحتمال من مقاصدهما ؛ لأنه فهم من معرض كلامهما ولحن خطابهما ؛ إذ ليس ذلك مما تقوم به الأحكام .

وقد قال أشهب وسحنون وغيرهما : لا يقضي القاضي حتى لا يشك

(١) في أ : والشاهد .

أنه قد فهم ، وأما أن يظن أنه فهم ، وهو يخاف ألا يكون قد فهم لما يجد من الكسل ، والحيرة فلا ينبغي أن يقضي بينهما ، فهذا الفهم الذي أراد صاحب « الكتاب » لا [غيره] [١] .

وأما قوله : « أبقيت لكما حجة » : قيل : إنما صوابه أن يقوله للمحكوم عليه ، وعلى هذا اختصر المسألة أبو محمد بن أبي زيد أن يقال للمطلوب : أبقيت لك حجة ، فهو الذي يعذر إليه .

وأما المحكوم له : فإنه الذي يطلب الحكم ،ولا أعذار له ،وقد قيل : يحتمل صواب ما قال ؛ لأن المطلوب إذا ذكر حجة سأل الطالب عن جوابه كأنه قال : أبقى لكما كلامًا أسمعه منكما وأنظر فيه ، أو حجة تترافعانها.

وقيل : إن الذي قاله صواب ، وأنهما اثنان ؛ طالب ومطلوب ، فمرة يتوجه الحكم على المطلوب ، ومرة يتوجه على الطالب بتعجيزه ودفعه عن المطلوب ورفع يديه عن الخصام ، فقوله : « أبقيت لكما حجة » لما كان له أن يقول ذلك لكل واحد منهما على الانفراد إذا توجه عليه الحكم ؛اختصر الكلام ولفه في لفظ واحد ، فكأنه يقال لكل واحد من الخصمين ممن يتوجه الحكم عليه ، أو بتعجيزه ودفعه عن صاحبه من طالب أو مطلوب أبقيت لكم حجة ، وهذا يتخرج على الخلاف في المدعى عليه ، هل يكتب له الحكم بدفع دعوى المدعي إذا طلب ذلك ؟ فللأصحاب في ذلك قولان :

فمطرف ،وأصبغ يقولان : ذلك له ، وابن القاسم يقول : ليس له ذلك.

وأما قوله : « مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يرى الشاهد واليمين ، فوجه القاضي الحكم ثم جاء بشاهد آخر بعد ذلك ، وأتى ببينة لم يعلم بها

---

(١) في أ : يغيره .

على ما في « كتاب القطع في السرقة »، هل ينظر فيما أتى به آخراً، ويحكم له به ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدهما : أنه ينظر فيما أتى به بعد الحكم مما له وجه سواء كان القاضي بنفسه أو بغيره ،وهو ظاهر « الكتاب » على ما تأوله التونسي وغيره.

والثاني : أنه لا ينظر فيما أتى به بعد الحكم لا القاضي نفسه ولا غيره، وهو مذهب سحنون ؛ لأنه حكم قد مضى .

أما الأول فمذهبه أنه لا يقضي بشاهد ويمين ، والشاهد الأول قد حكم بإسقاط شهادته فلا تلفق شهادته مع شهادة الثاني ، وأما القاضي الذي تولى بعده : فلا يجوز له التعرض لما قضى به من قبله من الجور البين .

والقول الثالث : التفصيل بين القاضي نفسه الذي حكم عليه ، فيجوز له النظر فيما أتى به آخراً .

وأما من يتولاه بعده فلا يجوز له النظر في ذلك،ولا التعرض له ، وهو قول ابن المواز ، وهو ظاهر « المدونة » على ما تأوله أبو عبد الله التونسي.

ومن هذا القبيل اختلافهم فيمن أقام شاهداً على حق من الحقوق، فأبى أن يحلف معه ، وحلف المدعى عليه ، ثم وجد شاهداً لآخر هل يحلف مع الثاني ، أو تلفق شهادته مع الأول على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن شهادة الثاني تلفق مع الأول ؛ لأن تورعه عن اليمين مع شهادة الأول لا يؤثر في إسقاطها.

والثاني : أنه لا يجزئه إلا شاهدان سوى الأول ؛ لأنه لما نكل مع الأول، فكأنه أخبر أنه لا يحلف مع شاهد على حال .

والـثالـث : أنه يحلف مع الثاني لإمكان سـكون نفسه إليه ،وكونه يتق شهادة الأول . والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة

فيمن مر برجل فسمعه يطلق، أو يعتق، أو يعترف بحد أو حق من غير أن يشهده المطلق أو المعترف

وقد وقع في هذه المسألة في « الكتاب » إشكال ، وفيها ألفاظ توهم أن قول مالك اختلف فيها ، وأنا أورد عليك نص « الكتاب » حتى يتبين لك محل الإشكال أو ما أوجب [ق/ ١٢٠/ ٢أ] الإيهام من الكلام .

قلت : أرأيت إن سمع رجل رجلاً يقول : إن لفلان على فلان كذا وكذا ، أو يقول : رأيت فلانًا قتل فلانًا أو قال : سمعت فلانًا قذف فلانًا، أو سمعت فلانًا طلق فلانة ، ولم يُشهده ، إلا أنه مر فسمعه وهو يقول هذه المقالة ، أيشهد بهذا ، وإنما مر فسمعه يتكلم به ،ولم يشهده ، قال : لا يشهد بها ولكن إنما مر فسمع رجلاً يقذف رجلاً ، أو سمع رجلاً يطلق امرأته ولم يشهداه ، قال مالك : فهذا الذي يشهد به ،وإن لم يشهداه .

قال : ويأتي من له الشهادة فيعلمه أن له عنده شهادة .

قال : وسمعت من مالك هذا في الحدود :أنه يشهد بما سمع من ذلك إذا كان معه غيره .

وأما قولك الأول في « كتاب الشهادات » ، فإني سمعت مالكًا ، وسئل عن الرجل يمر بالرجلين وهما يتكلمان في الشيء ، ولم يستشهداه فإنه لا ينبغي أن يشهد ، قال ابن القاسم : إلا أن يكون استوعب كلامهما؛لأنه إن لم يستوعبه لم يجز أن يشهد لعل الذي نقله قد كان قبل هذا الكلام كلام يبطله ، فيدعوه أحدهما إلى الشهادة فلا يشهد ، وهذا نص المسألة في الأمهات .

واختلف المتأخرون في تأويلهما ؛ فمنهم من حمل الكلام على ظاهره، ورأى أن الذي في « الكتاب » اختلاف قول واضطراب رأي ، فيتحصل في المسألة على هذا المذهب أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يشهد وأنه لا فرق بين الحدود والحقوق ، وهو ظاهر قول مالك في « الكتاب » ؛ حيث قال : لا يشهد بها .

والثاني : التفصيل بين الحدود والحقوق ؛ فيشهد في الحدود بما سمع وإن لم يشهداه ، ولا يشهد في الحقوق إذا لم يشهداه ، وهو قول مالك الأول على ما نص عليه في «كتاب الشهادات ».

والثالث : التفصيل بين أن يستوعب كلامهما فيشهد ، أو لا يستوعبه فلا يشهد ، وهو قول ابن القاسم ، وهو ظاهر قول مالك فيما جوز فيه شهادته إذا استوعب .

وأما إذا لم يستوعب الكلام فلا يشهد ، قولاً واحدًا .

والرابع : التفصيل بين أن يسمع ذلك من شاهد يحكيه أو يسمعه من المباشر ، فيستدق أو من القاذف : فيشهد ، وإن سمعه من شاهد يحكيه : فلا يشهد ، وهو ظاهر قول مالك في المسألة هنا .

بيد أن أرباب المذهب اختلفوا في نقل الشهادة عن الشاهد ، هل يفتقر إلى إذن الشاهد المنقول عنه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها : أن ذلك لا يجوز إلا بإذنه ، وهو نص المدونة في كتاب [ ][1] و« كتاب الشهادات » .

والثاني : أنه يجوز ولا يفتقر إلى إذنه ، وهو ظاهر قوله في « كتاب

الأقضية » من « المدونة » حيث قال : إن القاضي المحدث لا ينظر في شيء من أمر البينة التي شهدت عند المعزول وثبت في ديوانه فقال : لا يجوز في شيء من ذلك إلا أن تقوم عليه بينة .

قال الشيخ أبو القاسم بن محرز : قوله : إلا أن يقوم عليه ببينة [ ][1] على ما ثبت من خط الشهود ، فقد أفادت المسألة جواز الشهادة على الخط.

وإن كان أراد به إقامة البينة على سماعهم الشهادة من الشهود حين أثبتوها عند القاضي ، فقد أفادت المسألة جواز نقل الشهادة ، وإن لم يأذن الشاهد المنقول عنه بذلك ، وإلى هذا نجا بعض المتأخرين أيضًا ، وقال : لا فرق بين أن ينقل عنهما أو قد ذكراها عند الحاكم أو نقلت عنهما ،وقد ذكراها عند غير الحاكم .

والقول الثالث : أنه يجوز النقل عنهما إذا رفعت عند الحاكم ؛ لأن ذلك موضع التحرير والاحتفاظ على الزيادة والنقصان .

ولا يجوز النقل عنهما إذا ذكراها في معرض ما حكى له وكثير من الناس من يستعمل في كلامه المعاريض والمزاح الذي هو مباح ، ولو علم أنها تنقل عنه لتحقق وتحرز ، وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين أيضًا .

ومنهم من قال : إن ذلك ليس باختلاف قول ،وإنما هو اختلاف أسئلة، وإن كلام ابن القاسم تفسير لقول مالك ، وليس مراده عندهم بقوله الأول قولاً ثانيًا ، واختلافًا من قوليه لتقدم الكلام في المسألة ،وسماعه القول في أحدهما قبل الآخر؛ فيكون معنى قوله : وأما على قول مالك الأول يريد بالأول في السماع ، لا أنه الأول في الأقوال ؛ إذ هي ثلاث مسائل :

الأولى : إذا سمع شاهدًا أو شهودًا يذكرون أنهم سمعوا فلانًا يقول

(١) قدر كلمة غير واضحة بالأصل ، وأظنه الأقضية .

لفلان : عليَّ كذا وكـذا ، وسمعنا فلانًا يقذف فلانًا أو يـطلق امرأته : فلا يشهد السامع لـها ولا الشهود على هذا القول حتى يُشهـداه على شهادتهم على ما قدمناه من الخلاف .

الثانية : إذا سمعه يقذف رجلاً ، أو يطلق زوجته : فهذا يشهد بما سمع إذا كان معه غيره ؛ وذلك لأنه في القذف إذا كان وحده ، ولم تتم الشهادة على القاذف خشى أن يكون قاذفًا أو معرضًا فيحد .

والـثـالـث : إذا سمع رجـلين يتراجعان فـي كلام ويتقاربـان في شيء بينهمـا : فهذا يشهد إذا استوعـب كلامهما من أوله إلى آخـره كما قال ابن القاسم ، ولا يشهد إذا لم يكن كذلك كـما قال مالك ، وهذا أيضًا يشترط في المسألة التي قبلها ، وأنه لا يشهد حتى يستوعب كلامهم في كل شيء ؛ لأنه إذا لم يستوعب قوله في الطلاق والقذف أولاً وآخرًا ، فكيف يصح له أن يشهد مع الاحتـمال أن يكون القائل حاكيًا في غيـره ، وفي هذا الفصل يتصور الخـلاف على ما في « كتاب محـمد » ،وتأويل بعضهم عـلى ظاهر «المدونة » . والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الرابعة

في القصاص في الجراح بشاهد ويمين

وإذا ادعى على رجل جراحات عمدًا وقطع يد عمدًا في القصاص : فلا يخلو من أن يقوم له على بينة أو لم تقم .

فإن قامت له بينة : فلا خلاف في وجوب القصاص فيما يجب فيه القصاص ويتمكن .

فإن قام له شاهد واحد ، هل يحلف معه ويقتص أم لا ؟

فالمذهب على أربعة أقوال ، كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه لا يقتص في الجراح والأعطاب بشاهد ويمين ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الشهادات » من المدونة ،وهو قول الغير في « كتاب الشهادات » .

والثالث : التفصيل بين ما صغر من الجراح وما عظم منها ؛ فما صغر منها مما ليس فيه عقل مسمى ، كما به قال مالك في المبسوط ، أو فيه عقل مسمى إلا أنه ليس بمتلف كالموضحة وقطع الإصبع ، على قول عبد الملك: فإنه يقتص منه بالشاهد واليمين .

وما عظم منها وخيف منه التلف : فإنه لا يقتص فيه بالشاهد واليمين.

والرابع : أن المجروح لا يمكن من اليمين ، وإنما يحلف الجارح ، وهو ظاهر « المدونة » في « كتاب الأقضية » حيث قال : أرأيت إن ادعيت قبل رجل قصاصًا أو أنه ضربني بالسوط ، وما أشبه ذلك أيستحلف لي أم لا ؟

في قول مالك قال : لا يستحلف إلا أن تأتي بشاهد عدل ، فيستحلف لك .

فانظر فقد جعله في هذه المسألة كالشاهد الواحد على الطلاق أو على العتق ؛ لأن اليمين مع الشاهد إنما يحكم بها في الأموال دون الحدود ، والقسامة إنما وردت في النفوس خاصة .

ومن رأى أن القصاص يجب بشاهد ويمين المجروح فاسدًا على النفوس، إلا أنها في النفوس خمسون يمينًا ، وفي الجراح يمينًا واحدًا .

وعلى القول بأن القصاص يجب بشاهد ويمين ،فإن نكل المقطوعة يده عن اليمين ، ونكل القاطع عن اليمين بعده ، هل يقطع أو يحبس ؟ قولان:

أحدهما : أنه يحبس كالقطع ، وهو مذهب المدونة .

والثاني : أنه يقطع .

وسبب الخلاف : النكول هل هو كالإقرار أم لا ؟ .

وعلى القول بأن القصاص لا يجب بشاهد ويمين : فإن المجروح أو المقطوع يحلف ويأخذ الدية ، وهو قوله في « كتاب الشهادات » من «المدونة » .

وعلى القول بأن القاطع يحلف : فإن نكل عن اليمين ، فالذي ينبغي أن يرد اليمين على المقطوعة يده ، فيحلف ويستحق القصاص والدية على اختلاف الروايات ، ويحتمل أيضًا أن يجري فيه من الخلاف ما يجري في الزوج إذا نكل عن اليمين في الطلاق لكون اليمين في جنبة المشهود عليه فى مسألتنا ؛ لأنه فيمن أقام شاهدًا واحدًا على رجل بالقذف ، فقال : لا يحلف المقذوف ، فقيل له : فعلى المشاتم اليمين ، قال : نعم فعسى به ، وليس كل ما رأى المرء أرادوا معه أن يجعلوه بينة.

وأما الوجه الثاني : إذا لم يأت ببينة على القطع ولا شاهد ولا شبهة

على دعواه : فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يمين على المدعي [ق/ ١٢١/ ٢أ] عليه ،وهو قول مطرف.

والثاني : أن عليه اليمين ، وهي رواية أشهب عن مالك .

والثالث : أنه لا يمين عليه إلا أن يكون مشهودًا بذلك ،وهي رواية عبد الملك بن الماجشون والأقوال الثلاثة .

فإن نكل عن اليمين على قول من يقول : إنه يحلف إما على الإشهاد أو مع عدمه : فإنه يسجن حتى يحلف ، فإن طال سجنه ، فإنه كان مشهودًا بالشر مبررًا فيه ، فإنه يخلَّى سبيله ، وهل يؤدب أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه يؤدب على قول أصبغ .

والثاني : لا يؤدب ، على قول مالك . والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الخامسة
في يمين العواتق وغير العواتق من النساء ، ومن هو في ثقاف الحجر من السفهاء

ومعنى العواتق ـ ها هنا : الأبكار ، فاليمين على وجهين : يمين أوجبتها الظنة والشبهة : فلا يتوجه على العواتق وعلى من هو في ثقاف الحجر من السفهاء ، فأمَّا اليمين مع الشاهد : فلا يخلو المشهود به من وجهين : إما أن يكون معينًا أو غير معين .

فإن كان معينًا فهو على وجهين : مولى عليه ، وغير مولى عليه .

فإن كان غير مولى عليه : فإنه يحلف مع شاهده ، ويستحق الحق الذي يشهد له به سواء كان مؤمنًا أو كافرًا ، حرًا أو عبدًا ، ذكرًا ، أو أنثى ؛ لأنهم لما تساووا في الملك والتصرف وجب أن يتساووا في وجه الاستحقاق .

فأمَّا المولى عليه فعلى ضربين : صغير وكبير .

فإن كان صغيرًا وانفرد بالحق وحده قبل شاهده ، فهل يحلف المشهود عليه أو يوقف الحق حتى يحتلم الصغير ، فيحلف : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن المشهود عليه يحلف ، وبه قال ابن القاسم في «العتبية»، ورواه مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

والثاني : أن الحق يوقف إلى بلوغ الصبي ، فيحلف ويأخذ ، أو ينكل عن اليمين فتسقط دعواه ، وهو قول سحنون في « كتاب ابنه » .

ووجه القول الأول : أن الصغير لما لم يكن من أهل اليمين ثبت اليمين في جنبة المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين .

ووجه القول الثاني : أنه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين ، فينتظر به ذلك أصله المغمى عليه .

فعلى القول بأن المطلوب يحلف ، فإن حلف بقى الحق عنده سواء كن ذلك الحق معينًا أو ثابتًا في الذمة حتى يبلغ الصغير ، فيحلف ما شاهده ، فيستحق حقه ما كان منه في الذمة ، وما كان معينًا إن كان المعين باقيًا ، فإن فات حقه يوم حكم به للصبي إن كان سبب الفوات من الذي هو في يده أو من أجنبي .

فإن كان سبب الفوات من عند الله : فلا شيء عليه إلا أن يكون غاصبًا أو متعديًا ، ورواه ابن حبيب عن مطرف ، وابن عبد الحكم ، وابن الماجشون ، وأصبغ .

ووجهه : أن الصغير لا يصح منه اليمين ؛ فيحلف المطلوب ، ويترك الحق عنده ، فإذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف : حلف مع شاهده كما أمكنه ذلك ، ويأخذ حقه .

فإن نكل الصبي عن اليمين بعد أن يبلغ ، هل يحلف المطلوب مرة أخرى أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يحلف المطلوب مرة أخرى ، وهو قول أصحاب مالك في « الموازية » ،و« العتبية » وغيرهما وهو مشهور المذهب ؛ لأن يمينه بذلك قد تقدمت .

والثاني : أنه لابد للمطلوب أن يحلف يمينًا ثانية بعد نكول الطالب .

ووجه القول الأول : أن يمين المطلوب لتقدمها في الرتبة عليها ، وإنما تقدمت هذه لضرورة توقف تلك اليمين ، وإن لم يحلف المدعي : صحت يمين المطلوب ، وصح له الحكم بها .

ووجه القول الثاني : أن يمين المطلوب لتوقف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه ، فإذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهد ويمينه ، فإن نكل : حلف المطلوب فبرأ من الاستحقاق وقضى له ، وإن لم يحلف : قضى عليه بنكوله ؛ لأنه لو كانت يمينه أولاً يمين الاستحقاق : لوجب ألا يبقى بعدها للمدعي يمين ، فإذا نكل المطلوب عن اليمين أولاً : غرم الحق وأخذ .

فإذا بلغ الصبي فغلبه اليمين ، فإن حلف : قضى له بحقه ، وإن نكل عن اليمين : رد الحق إلى المطلوب ،ولا يؤخذ عليه باليمين ثانية ، رواه ابن حبيب عن مطرف ، وابن كنانة ، وبه قال ابن المواز .

فإذا ثبت ذلك فإن الصغير إذا كبر يحلف مع شاهده على البت ، وهل من شرطه أن يقع العلم عنده بصحة ما شهد به الشاهد ، فعند ذلك يحلف أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يحلف الوارث على ما لم يحضره ، ولم يعلم وهو لا يدري هل يشهد بحق أم لا ؟ فيحلف مع شاهده على خبره فيصدقه ، كما جاز أن يأخذ ما شهد به الشاهدان من مال وغيره وهو لا يعلم صحة ذلك إلا بقولهما ، وهو قول مالك في « كتاب ابن سحنون » ، وهذا القول يؤخذ من « المدونة » من غير ما موضع ؛ منها أيمان القسامة ، فإن الأولياء يقسمون على شهادة الشاهد ، أو على قول الميت : دمي عند فلان ،وهم على أسرتهم نائمون وفي غفلاتهم متقلبون ، ولا يتيقنوا بصحة ما يحلفون عليه .

ومنها يمين الصبي إذا ثبت له حق بشاهد واحد قبل أن يولد ، فإنه

يحلف معه على البت إذا بلغ وغير ذلك مما لا يحصى كثيره .

والثاني : أنه لا يحلف حتى يقع عنده العلم ، ويحصل له بالخير المتواتر، فإن لم يبلغ هذا الحد : امتنع من اليمين ،واستحلف المدعي عليه؛ لأنه [لا يصح] (١) لأحد أن يحلف على ما لا يتيقنه ، وهو اختيار القاضي أبي الوليد الباجي ، قال : وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه .

وصفه يمينه : أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد ، فإن شهد بالإقرار : لم يكن له أن يحلف أن له عليه كذا وكذا ، ولا أنه غصب منه كذا وكذا ، ولكن يحلف بالله لقد أقرَّ له فلان بكذا وكذا ، وهو قول محمد بن عبد الحكم .

فإن كان المدعى عليه غائبًا : زاد في يمينه أن حقه عليه لباق ، وما عنده به رهن ، ثم يقضي له بذلك .

فأمَّا إن كان المولى عليه كبيرًا ، هل يحلف مع شاهده ويستحق حقه ، أو يحلف المطلوب أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يحلف مع شاهده ، ويستحق حقه ،وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » ، فإن نكل : حلف المطلوب وبرئ ، وإن نكل : غرم كالعبد والذمي .

والثاني : أن المطلوب يحلف ، ويؤخر السفيه ، فإذا رشد : حلف مع شاهده إن شاء وقفى له .

وإن أبى أن يحلف : لم يكن له على المطلوب يمين ، وهي رواية ابن حبيب عن مطرف ،وهو الصحيح ، وقيل بأن اليمين ترد على المطلوب ،

---

(١) سقط من أ .

وقد قدمنا توجيه ذلك في فصل الصغير يكبر .

ووجه القول الأول : أن هذا يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف، ويستحق كالرشيد .

ووجه القول الثاني : أن من لم يحلف في دفع حق عن نفسه ، فإنه لا يحلف في استحقاقه كالصغير .

وعلى القول بأن السفيه يحلف أولاً ، فإن نكل عن اليمين وحلف المطلوب ، هل ترد اليمين على السفيه إذا بلغ الرشد أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يمين له ،ولا للبكر بعد صلاح حالها ، وهي رواية ابن سحنون عن أبيه في « العتبية » .

وعلى القول بأن المطلق يحلف أولاً : فإن نكل أخذ منه الحق .

فإذا رشد السفيه : حلف ومضى له ،وإن نكل : رد إلى المطلوب بلا يمين ،وهو قول مطرف ، وابن كنانة ، ولا ترد اليمين عليه ؛ لأن ذلك يفضي إلى الدور العقلي .

فإذا قلنا : أن السفيه يحلف مع شاهده حال سفهه : فإنه إن حلف : قبض ما استحقه بيمينه الذي هو الناظر عليه والمتكفل به كقبضه لسائر ماله.

قال الشيخ أبو إسحاق : والاختيار أن يحلف ويقبض هو ما حلف عليه،فإذا صار إليه قبضه منه من له النظر عليه ؛ لأنه لا يستحق بيمينه شيئًا إلا من إليه قبضه .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كانت الشهادة لغير معين : فلا يخلو من أن يحاط بعددهم ، أو لا يحاط بعددهم .

فإن كانوا لا يحاط بعددهم ؛ مثل أن يشهد شاهد بصدقة لبني عم ، أو

للمساكين ، أو في سبيل الله ، فقد قال ابن القاسم وأشهب : لا يحلف فيه مع الشاهد ، ولا يستحق بشهادة حقًا ؛ لأنه لا يتعين لهذا الحق مستحق، فيحلف معه ؛ لأن كل من حلف مع الشاهد يجوز أن يخرج عن هذا الحق ،ويصرف إلى غيره .

وإنما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك والقبض .

فإن كانوا معينين ، إلا أنه يحاط بعددهم ، وأضيف إليهم من لا يحصى ؛ مثل أن يقول : حبست هذا الملك على ولد زيد وعقبهم ، أو قال: تصدقت به عليهم فيشهد لهم بذلك شاهد واحد : فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يمين فيه ، وقد قال في كتاب ابن المواز أن الذي يقول به أصحابنا أن كل محبس ومبتل ومعقب فلا يصح فيه الثمن .

والثاني : أنه إذا حلف منهم الجل نفد لهم الصدقة ، ولغيرهم ولغائبهم ولمولدهم وللسبيل بعدهم ، وهي رواية عبد الملك عن مالك في « الموازية»، و« المجموعة » .

والثالث : أنه يحلف من أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد ، ويثبت جنسًا له ولجميع أهلها ،وإن لم يحلف عليها غيره ، ولكل من يأتي [ق/ ١٢٢/ ٢أ] ممن شرطت له من صغير وكبير ، وهي رواية ابن وهب ، ومطرف ، وابن الماجشون عن مالك في « المجموعة » ، وبهذا قال المغيرة إذا كانت الشهادة لمعين وغير معين ؛ مثل أن يشهد الشاهد أن فلانًا حبس على فلان ، وعلى عقبه أنه يحلف مع شاهده ويحق الحق له ، ولمن يأتي بعده ، فإذا ثبت فما كيفية اليمين التي بها يحلف من وجبت عليه ، وأين يحلف ؟

أما كيفية اليمين : فإنه يحلف بالله تعالى ، ولا يقبل منه غير ذلك باتفاق العلماء ، ثم لا يخلو الحالف من أن يكون مسلمًا ، أو كافرًا .

فإن كان مسلمًا : فإنه يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ، ولا يزيد على ذلك الرحمن الرحيم ، ولا الطالب المدرك ، قال ابن القاسم : ورأينا المدنيين يزيدون ذلك في اليمين عند المنبر ، فأبى ذلك مالك ، وقال : هذه أيمان الأعراب .

واختلف في أيمان اللعان ، والقسامة ، هل يزاد عليها على ما قدمناه أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يزاد ، وأن اليمين فيهما كاليمين في سائر الحقوق ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب ،وهو الأشهر .

والثاني : أنه يزاد فيهما : عالم الغيب ، والشهادة الرحمن الرحيم،وهو قول عبد الملك في « كتاب محمد » .

ولو حلف فقال : « والله » من غير أن يقول : لا إله إلا هو ، هل يجزئه ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك جائز ، ويكفيه ذلك من الزيادة عليه ، وهو ظاهر «المدونة » في « كتاب النذور » .

والثاني : أنه لا يجزئه حتى يضيف إليه : « الذي لا إله إلا هو » ، وهو نص قول أشهب في« الموازية » ، وهو ظاهر « المدونة » في « كتاب الأقضية » .

فإن كان الحالف كافرًا ، وكان يهوديًا أو نصرانيًا ، فهل يقتصرون على اليمين بالله خاصة ، أو يكلف الزيادة عليه ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنهم لا يحلفون إلا بالله خاصة ، ولا يكلفون أن يزيدوا عليه: الذي لا إله إلا هو ، ولا يكلف اليمين بما لا يدينون به ، ولا يعتقدونه من إثبات الألوهية فقط ، وهو مذهب ابن شبلون ، وهو ظاهر المدونة ؛ حيث قال : لا يحلفون إلا بالله فقط .

والثاني : أنهم يحلفون كما يحلف غيرهم من المسلمين في تتمة الشهادة وعليه اختصر الشيخ أبو محمد ، وهو بين في« كتاب محمد » قال : يمين الحر والعبد والنصراني في الحقوق سواء ، ولا يعد منهم إسلامًا ، وإنما هو حكم يجريه عليه الإسلام كما يلزمهم حكم الإسلام إذا تحاكموا إلينا ؛ ويدل على ذلك استحلاف المجوس بالله ، وهم ينفون الصانع ، ولا يثبتونه، تعالى الله عما يقول الظالمون علوًا كبيرًا ، فكذلك اليهود والنصارى، وأنهم لا يقولون بالتوحيد فإنهم لا يلزمهم أن يزيدوا في اليمين بالله الذي لا إله إلا هو ، وهو ظاهر المدونة أيضًا في المجوس حيث قال : يحلف المجوس في بيت نارهم ، قال : ما سمعت من مالك فيه شيئًا .

وأرى أن يحلفوا حيث يعظمون ، فأمر له أن يحلفه بالله ، وإن كان لا يعتقد الصانع ، تعالى الله عن قولهم .

وأما أن يحلف : فذلك يختلف باختلاف الأحكام الموجبة لليمين ، وهي أقسام منها [ما] [1] لا يغلظ على الحالف فيه بالزمان والمكان .

ومنها : ما يغلظ عليه فيه بالمكان دون الزمان .

ومنها : ما لا يقع فيه التغليظ ، لا بالزمان ولا بالمكان .

فأما ما يغلظ فيه بالزمان والمكان : فكأيمان القسامة واللعان ؛ فإنهم يغلظ عليهم فيهما بأن يجلبوا إلى أشرف أماكن بلادهم فما كان من أهل

---

(١) سقط من أ .

مكة والمدينة وبيت المقدس ، فإنهم يجلبون إليها حيث ما كانوا ، وأما أهل الآفاق : فإن كانت مواضعهم قريبة من مصر عشرة أميال ونحوها : فإنهم يجلبون إليها فيقسمون فيها .

وأما ما بعد عن المصر فوق عشرة أميال ،هل يقسمون في مواضعهم أو أويجلبون إلى المصر ؟ فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنهم يقسمون في مواضعهم ،ولا يجلبون إلى مصر ، وهو نص قول مالك في « المدونة » .

والثاني : أنه لابد من جلبهم إلى المصر ، ولا يمكنون من أن يقسموا في أماكنهم ، وإن بعدوا ،وهذا القول قائم من المدونة من قوله : ولا يقام القتل بمصر كلها إلا في الفسطاط ، إلا أن يكتب صاحب الفسطاط إلى من يقيمه .

وأما التغليظ بالزمان : فكون أيمان القسامة واللعان في دبر الصلوات ، وقال في « كتاب اللعان » : وما كان في دبر العصر أشدهما ـ بالشين والسين ، على اختلاف الروايات ـ وقال الله تعالى : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾ الآية (١) .

وأما ما يغلظ بالمكان دون الزمان كالأيمان الواجبة في الحقوق مما له بال؛ مثل ربع دينار فصاعداً : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنه لا يجوز أن يجلبوا فيها إلى المصر من عشرة أميال ؛ لأن ذلك ضرر عليهم ، وإنما يحلف في الجامع حيث يعظم ، غير أن الحالفين على ضربين ؛رجال ، والنساء الحرائر ، فأمَّا الرجال : فإنهم يحلفون بالجامع وهو المسجد الأعظم الذي تقام فيه الجمعة ، حيث يعظم منه ،وإن كان في مسجد النبي ﷺ : فعند المنبر ، وإن كان في غيره : فحيث يعظم منه ؛ عند المحراب وعند

(١) سورة المائدة الآية (١٠٦) .

المنبر ، وقال مالك في « المدونة » : لا أعرف المنبر إلا منبر النبي ﷺ فأما مساجد الآفاق فلا أعرف المنبر فيها ، وقال القاضي أبو الوليد الباجي : يحتمل من جهة اللفظ أن يريد بقوله : « لا أعرف المنبر » في مساجد الآفاق .

وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة رضي الله عنهم على اتخاذها في كل بلد ، وهو من أعلم الناس بذلك فمحال أن يريد هذا .

قال : والصحيح أنه أراد بذلك أن لا يعرف أن حكم سائر منابر البلاد حكمها في هذه حكم منبر النبي ﷺ ،وإنما هذا حكم يختص بمنبر النبي ﷺ .

وقد روى ابن وهب عن مالك مفسراً : أنه لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ ويغيرها في مسجده الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم ، أو تلقاء قبلتهم ، فقال القاضي أبو الوليد : ووجه ذلك عندي ـ والله أعلم ـ أن منبر النبي ﷺ في وسط المسجد ، وهو موضعه الذي كان فيه زمن رسول الله ﷺ فى وسط المسجد ، وهو موضعه الذى أحدث حين زيد في المسجد ، فصار المنبر في وسط المسجد ، فكانت اليمين عند المنبر أولاً ؛ لأنه موضع مصلى النبي ﷺ وعند منبره .

وأما القبلة والمحراب فشيء بنى بعده ، وأما منابر سائر المساجد فهي عن المحراب ، فمن حلف فإنما يحلف عند المحراب ، ولكن بقرب المنبر ، وأعظم شيء في المساجد المحاريب ، ولو اتفق أن يكون المنبر في بعض البلاد في وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر ، فهذا معنى قول مالك في« الكتاب » ، وربك أعلم .

واختلف هل يغلظ فيها بالزمان أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يغلظ فيها بالزمان كما يغلظ في الدماء واللعان ، وهو قول ابن القاسم وأصبغ ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه يغلظ بالزمان في المال العظيم كما يغلظ في الدماء واللعان، وهي رواية ابن كنانة عن مالك في « كتاب ابن سحنون » .

واختلف هل يغلظ بالمكان في القليل والكثير على قولين :

أحدهما : أنه لا يغلظ به ،وهو المشهور .

والثاني : أنه يغلظ به ، وإنها لا تكون إلا عند المنبر في القليل والكثير، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن بعض المتأخرين .

وأما النساء الحرائر : فإنهن ينقسمن إلى من تخرج بالنهار ،ومن لا تخرج .

فمن تخرج منهن: فحكما حكم الرجال فيما تحلف عليه ، وفي موضع يمينها .

ومن لا تخرج منهن : فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الحاكم يبعث إليها من يحلفها في بيتها ، ولا يمكن خصمها من إعناتها ، وهذا القول ذكره القاضي أبو محمد عبد الوهاب .

والثاني : أنهن يخرجن ليلاً ،ويحلفن في أقرب المساجد اليمين ، وإليه ذهب بعض شيوخ الأندلسيين ،وذكر أن سحنون كان يفعل ذلك .

والثالث : التفصيل بين حق لها أو عليها ؛ فما كان عليها من حق وشهد عليها به : فإنها تحلف في بيتها ، وما تدعيه من حق لها :فلابد لها من أن تخرج إلى موضع اليمين ، وهذا القول متأول على المدونة ،ومثله لابن كنانة .

والأقوال الثلاثة متأولة على المدونة .

ووقع في بعض روايات المدونة : فإن كانت ممن لا تخرج نهارًا ،وفي

بعضها ، فإن كانت ممن لا تخرج فظاهره أنها لا تخرج جملة كنساء الملوك.

وعلى القول بأنها تخرج وتحلف في المسجد ، ففي كم تخرج ؟

فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما : أنهن كالرجال وأنهن يخرجن [ق/ ٢٢٣/ ٢أ] في ربع دينار فصاعدًا ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » ، وبه فسر أبو محمد عبد الوهاب ما له بال من المال ، وهذا القول متأول على «المدونة» .

والثاني : أنها لا تخرج في ربع دينار ، ولا تخرج إلا في المال الكثير وهي رواية ابن المواز عن ابن القاسم ، وهو ظاهر « المدونة » عند بعضهم، وحمل قوله في « المدونة » : « إن كل شيء له بال » : فهو المال الكثير.

وعلى القول بأن القاضي يبعث إليها من يحلفها في بيتها ، هل يكتفي بذلك الواحد ، أو لابد من اثنين ؟ ففي ذلك قولان .

وسبب الخلاف : في هل طريقه طريق الإخبار أو طريقه طريق الشهادة؟

وأما ما لا تغليظ فيه على الحالف لا بالزمان ولا بالمكان ،وهو اليمين على أقول من ربع دينار : فمشهور المذهب على أنه يحلف في أي موضع شاء ، ولا يلزمه اليمين في الجامع ،ولا في مساجد العشائر خلاف ما حكاه القاضي أبو محمد عن بعض المتأخرين أن يحلف عند المنبر في القليل والكثير ، والحمد لله وحده .

المسألة السادسة
في الشهادة على الخط

ولا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يشهد على خط نفسه .

والثاني : أن يشهد على خط شاهد غيره .

والثالث : أن يشهد على خط المقر على نفسه .

فأما الوجه الأول : إذا عرف خطه في الكتاب ، ونسى الشهادة ، ولا عقد عليها ، فهل يشهد أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يشهد ولا يرفعها جملة ، وهو قول ابن القاسم ،وابن نافع ، وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في « العتبية » و« الموازية » و«الواضحة » .

والثاني : أنه إذا لم يسترب في الكتاب محوًا ، ولا حكًا ، ولا بترًا : فإنه يرفعها ، ويشهد ، وينتفع بها المشهود له ، وهو قول سحنون في «العتبية » .

والثالث : أنه يرفعها إلى الحاكم ويؤديها كما علم ، ثم لا ينتفع بها المشهود له ، وهو قول مالك في المدونة .

والرابع : التفصيل بين أن يكون بخط يده ، أو بخط غيره ؛ فإن كان جميع الكتاب بخط يده ، وأثبت خطه ، ولم يستنكر في الكتاب محوًا ، ولا بترًا ولا إلحاقًا : فشهادته جائزة ، وإن لم يرفع الشهادة ، وإن كان الكتاب بخط غيره : فلا يشهد ، وهو قول ابن نافع في « المجموعة »

وهذا القول أشبه فـي النظر ، ولاسيما في وقتنا هـذا ؛ لأن الغالب على الناس النسيان .

فإذا تحقق أنه خطـه ، وكان ممن لا يشتبه عليه فـي الخطوط عليه إلا أن يدخله ريبة ، فـيتوقف وقد اعترض على قول مالك فـي « الكتاب » حيث قال : « يؤديها كما علم ، ثم لا ينتـفع بها » ، وذلك تناقض من القول ؛ لأنه إذا كان ينتفع بها فما فائدة رفعها إلى الحاكم .

وقد وجه بعض المتأخرين قوله فـي « المدونة » بأن قال : إنما أمر بأدائها ورفعها إلى الحاكـم لاحتمال أن يكون ممن يرى ذلك في مـذهبه ، ويصوب الحكم به ؛ولأنه مسألة اختلف فيها .

وهذا التـوجيه يرد ظاهـر « الكتاب » ؛ لأنه قـال : « ثم لا ينتفـع بها الطالب » ، وهذا مثل ما قاله في « كتاب الصيام » من « المدونة » في الذي يرى هلال رمـضان وحده : فإنه يـرفع شهادتـه إلى القاضي ، ثـم لا يلزم الناس الصيام بشهادته .

وأما من دعى إلى شهادة ، فقال عند القاضي : لا أذكرها : فلا يخلو من أن يقول : أخروني حتى أنظر ، وأتفكر أو قال : ما عندي علم .

فإن قال : أخروني لأتـذكر وأنظر، ثم جاء بعد ذلـك فشهد : جازت شهادته إن كان مبرزًا ، أو كان ذلك بالقرب .

فإن قال : ما عندي علم ، ثم رجع فأخبر بعلمه : فقد اختلف فيه عن مالك ؛ إذا كان مبرزًا فمرة جوزها إذا كان بالقرب ، ومرة منعها .

وإن كان غير مبرز : رجعت قولاً واحدًا .

ووجه القول فـي إجازتها : أن قوله : ما عنده علم في ذلك الوقت لا ينفي أن يـكون علم ذلك قبـله ، فإن تذكر بعـد ذلك ما تقدم علـمه به :

جازت شهادتــه كما لو تقيــدت شهادته شهد عــليه ، فإن أكثر الــناس نسى ذلك ، فإذا وقف على العقد ،ورأى خطه تذكر شهادته ،وجاز أداؤها .

ووجه القول بردها : أن قطعه بنفي علمه ظاهر أنه ليس عنده أصل ولا سبب يتذكر منه .

وقال ابن حبيب : إنما هذا إذا سئل عــند الحكم ، أو سئل المريض عن نقلها عنه .

فأمــا في غــير هذيــن الوجــهين : فلا يــضره ذلــك ، وقوله تــفســير للمذهب، والله أعلم .

فإن قــال الشاهد : كــل شــهادة أشــهــد بــينكـما زور لــم يضـره ذلــك وليشهد،وهذا القول حكاه ابن المواز عن أشهب .

قال ابن حبيب : وكذلك إن قال الشاهد لخصم: ما أشهد عليك بشيء ثم شهد : فإنه يــقبل ذلك منه ،ولا يضره القول الأول ، وإن كــانت عليه بينــة، ومعنى ذلــك أنه وعده بأن لا يــقيم علــيه ، ثم رجع عــن ذلك إلى الواجب من إقامتها عليه ، أو يكون قد نسى الشهادة ثم ذكرها فأدَّاهَا .

وأما الــوجه الــثانــي : وهو الشهــادة على خط الشاهــد ، وقد مات أو غاب، فهل يجوز أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحــدهــمــا : أن الشهادة عــلى الخط لا تجوز ؛ لأن الشهــادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه بنص شهادته ، فلا يجوز له أن ينقلها عنه إلا بإذنه علــى مشهــور المذهب ، وهــذا القول قائــم من « المدونــة » من باب نــقل الشهادة.

والثاني : أن الشهادة على خط الشاهد جائزة ، ولا يجوز في ذلك أقل

من شاهدين ، ويحلف الطالب مع شهادتهما ، ويستحق حقه كما نقلاها عنه في حياته ، وهي رواية ابن القاسم ،وابن وهب عن مالك في«العتبية»، و« الموازية » وهذا القول قائم من المدونة أيضًا من مسألة الذي شهد عند القاضي ثم يموت ، ويعزل القاضي فيشهد قوم على شهادته : فقد قال في « كتاب الأقضية » من « المدونة » : إن ذلك جائز .

ووجه القول بالمنع : أن الناس قد دخلو وأحدثوا من الفجور والضرب على الخطوط ما لا يخفى ، قال محمد بن عبد الحكم : وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي ، ورأى مالك ألا تجوز .

ووجه القول بالجواز : أن ذلك أمر دعت إليه الضرورة لاندراس البينات، وانقراضها .

فالقول بمنعها ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس.

والفرق بين الشهادة على خط الشاهد ، والنقل عنه : أن الشاهد إذا كتب شهادته لا يضعها إلا بعد أن يحققها وينزلها على حسب ما هي عليه لعلمه أنها تستنقل عنه ، بخلاف النقل عنه ، فإنه إذا لم يأذن في النقل عنه: فلا تنقل عنه .

فإن سمعها عنه الشاهد لكونه لا يكاد يتحفظ في إيرادها وحكايتها على وجهها ، فخيف أن ينقلها عنه الناقل على خلاف ما هي عليه ، فلذلك منع النقل إلا بإذن المنقول عنه ، فإذا قلنا : تجوز الشهادة على خط الشاهد، فإنما تجوز في الأموال وحيث يقضي باليمين مع الشاهد ، وبه قال مطرف ، وابن الماجشون ، وأصبغ .

وأما الوجه الثالث : وهو الشهادة على خط المقرّ على نفسه ؛ مثل أن يكتب على نفسه ذكر حق بخط نفسه ، ثم جحد فيشهد رجلان أن ذلك

خطه ، فهل تجوز هـذه الشهادة ويؤاخذ بها المشهود عـليه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : الجواز .

والآخر : المنع .

والقولان حكاهما ابن الجلاب عن مالك ، وقال ابن المواز : لم يختلف قول مالك في الشـهادة على خط المقرّ ، قال : وهي بمنزلـة أن يسمع المقر بنص إقراره الشهادة ، وإن لم يأذن في ذلك .

والخلاف عن مالك كما حكيناه ، وقد قدمنا قبل هذا أن قول ابن المواز لا يقبل في حكاية الإجماع فـي المذهب ، وربما حكى الإجماع ، والخلاف فيها مـنصوص ، وهذا مجرب عنه كـثير ،والصحيح من ذلـك أن الشهادة علـى خط المقر عـلى نفســه جائزة لاتـفاقهم أن الخـط رسم يدرك بحـاسة البصر، ووجـد البصر بيمين بين الخـطين والشخصين مع جواز اشـتباه ذلك فلمـا جوزها في الشـخص مع الأشباه جازت فـي الخط ، فإذا قلنـا بجواز الشهادة على خط المقر ، فهل يحلف المشهود له مع شهادة الشاهدين أم لا؟ على قولين :

أحدهـما : أنه يحكم له بمجرد الشهـادة دون يمين ؛ لأنها شهادة كاملة تتناول الإقرار كالشهادة على لفظ المقر .

والـثـانـي : أنه لا يحكم لـه حتى يحلف ، فيستحـق حقه : والقولان حكاهما ابن الجلاب عن مالك .

وسـبب الخـلاف : هل هي شهادة كـاملة فلا تحتاج إلى اليـمين كما لو شهد إقراره ، أو إنما هي بعض الشهادة كالنقل .

فإن شهد على خط المقر شاهد واحد ، هل يـحكم له بشهادته مع يمينه

أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يحكم له بالشاهد مع يمينه .

والثاني : أنه لا يحكم له بذلك ، ولا يستحق بشهادته شيئًا ، والقولان حكاهما ابن الجلاب .

ووجـه القـول الأول : أنها شهادة على ما يثـبت به إقرار المقر بالمال ، فأشبهت الشهادة على لفظه .

ووجه الرواية الـثانية : أنها شهادة لا تتناول الإقرار ، وإنما تتناول معنى يجري إليه كالشهادة على الوكالة في المال ، والشهادة على الشهادة .

❑❑❑

المسألة السابعة
إذا قضى القاضي بقضية
فيها اختلاف بين العلماء [ق/ ١٢٤/ ٢أ]
ثم تبين له أن الحق في غير ما قضى به

فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقضي بما اختلف فيه المذهب .

والثاني : أن يقضي بما اختلف فيه مذاهب العلماء .

فأما الوجه الأول : إذا قضى بما اختلف فيه المذهب : فلا يخلو ذلك الخلاف من أن يكون اختلافًا شاذًا ، أو يكون اختلافًا مشهورًا .

فإن كان اختلافًا شاذًا يخالف ظاهر الكتاب والسنة ، كاختلافهم في إيقاع ثلاث تطليقات في كلمة واحدة ، وكاختلافهم في تحليل المطلقة بالعقد دون الدخول ، أو كاختلافهم في بيع أمّ الولد في الدين ، وغير ذلك من الخلاف الشاذ ، فهذا لا خلاف أن القاضي نفسه ينقضه ، وهل ينقضه غيره ممن يلي بعده من القضاة أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه يجوز لمن يأتي بعده أن ينقضه ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه لا يجوز لمن يأتي بعده أن ينقضه ؛ لأنه حكم قد مضى على مذهب من يرى ذلك فيعتقده ، وهو ظاهر « المدونة » من قوله : و«إنما الذي لا يرجع فيما قضى به القضاة مما اختلف الناس فيه على رواية الضم على ما لم يسم فاعله ؛ لأنه اعتبر الخلاف على الجملة ؛ فإن كان

اختلافًا مشهورًا : فلا خلاف فيما يأتي بعده أنه لا يجوز أن ينقضه ، ولا التعرض لأقضيته.

وهل يجوز له هو أن ينقض قضاء نفسه أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال ،كلها متأولة على « المدونة » :

أحدها : أنه ينقض قضاءه ، ويرجع إلى ما رأى من الصواب ما دام في ولايته من غير اعتبار بحاله حين الحكم من أن يكون ذلك منه وهمًا أو غلطًا أو نسيانًا ، أو انتقالاً من اجتهاد إلى اجتهاد ، وهو قول مطرف ، وعبد الملك ، وعليه أكثر أصحاب مالك ، وهو المشهور ،وهو ظاهر « المدونة » على رواية فتح الياء في « كتاب الأقضية » من « المدونة » ، على رواية ضم الياء في « يُرجع » ، ووقع له في « كتاب الرجم » ما هو أبين من هذا في قوله :« وإنما لا يرجع فيما حكم به غيره » ، وعلى هذا اللفظ اختصرها أبو محمد بن أبي زيد ، وحمديس وغيرهما .

والثاني : أنه لا يرجع في شيء من حكمه مما اختلف فيه إلا في الجور البين الذي ينقضه من جاء بعده ، وهو قول محمد بن عبد الحكم ، وهو ظاهر المدونة على رواية فتح الياء في « يرجع ».

والثالث : التفصيل بين ما حكم به وهمًا وغلطًا ، وبين ما انتقل فيه اجتهاده ؛ فأما ما حكم به وهمًا ، وغلطًا ، ونسيانًا : فإنه يرجع فيه وينقضه ، وما حكم فيه بانتقال من اجتهاد إلى اجتهاد : فإنه لا ينقضه وهو لا ينقضه ، وهو مذهب سحنون ، وحكى عن عبد الملك مثله ، وهو أظهر وأقرب للصواب ؛ إذ لو سوغ ما تأولوه أولاً باجتهاد وغلبة ظن .

وأما الوجه الثاني : إذا قضى بما اختلف فيه المذهب : فلا يخلو من أن يكون من أهل النظر والاجتهاد ، أو يكون من أهل التقليد .

فإن كان من أهل النظر والاجتهاد ، فقضى بما يراه من قضائه ، ثم تبين له بعد ذلك ما هو أحسن منه ، فهل ينقض قضاءه أم لا ؟ على قولين قائمين من « الكتاب » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في تصويب المجتهدين ، هل كل مجتهد مصيب ، أو المصيب واحد ؟ فمن رأى أن كل مجتهد مصيب ، قال : لا ينقض حكم نفسه لظهور اجتهاد آخر .

ومن رأى أن المصيب واحد قال : ينقض حكم نفسه [لظهور] [1] الحق في واحد من أقاويل المجتهدين .

وإن كان من أهل التقليد : فلا يجوز له أن ينقض ما حكم فيه لتقليد بانتقال إلى تقليد آخر ، قولاً واحداً .

وأما الوجه الثالث : إذا حكم بما خالف فيه مذاهب العلماء ، فإن كانت القضية قضية اجتهادية فقضى بها بما يغلب على ظنه : فلا خلاف أن حكمه نافذ ، ولا ينقضه ، لا هو ولا غيره ـ وافق ذلك بعض المذاهب أو خالفها ـ لأنه من آحاد المجتهدين .

فإن كان فيها نص من كتاب أو سنة ، أو كانت قضية اجتهادية ، فقضى فيها بالحدس والتخمين : فلا خلاف أنه يرجع في حكم نفسه ، ولمن يتولاه بعد أن ينقضه ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

---

(١) سقط من أ .

المسألة الثامنة
في القاضي هل يحكم بعلمه
وما أقر به عنده دون بينة تشهد عليه

وذلك على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يقر بذلك عنده قبل أن يستقضي .

والثاني : أن يقر بذلك عنده بعد أن يستقضي في غير مجلس حكمه .

والثالث : أن يقر بين يديه في مجلس حكمه .

فأما القسم الأول : إذا أقر عنده قبل أن يستقضي : فلا خلاف بين أحد من أهل العلم أنه لا يجوز له أن يحكم بذلك الإقرار ، فإن فعل : رد ذلك الحكم ، وفسخه هو ،أو من يأتي بعده ، وهكذا حكى القاضي أبو الوليد ابن رشد في كتاب « البيان والتحصيل » .

وأما الوجه الثاني : إذا أقر عنده في غير مجلس حكمه بعد أن استقضى: فلا خلاف في المذهب أنه لا يجوز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار دون بينة تشهد ، وأهل العراق في ذلك يفرقون بين الحدود والإقرار؛ فيحكم عليه بعلمه في الحقوق دون الحدود ، والشافعي يجوز ذلك على الإطلاق .

فإن قضى عليه بذلك الإقرار هل ينقضي حكمه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن له أن ينقضه ما لم يعزل ، وهو قول ابن القصار ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه حكم ماض ، ولا ينقضه هو ولا غيره ، وهذا القول حكاه القاضي أبو الحسن بن القصار عن بعض الأصحاب ، واتفقوا أنه لا ينقض بعده للخلاف في ذلك .

وأما الوجه الثالث : إذا أقرَّ به عنده في مجلس حكمه ثم جحده ،ولا بينة عنده ، فهذا الوجه اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما : أنه يقضي عليه بما أقرّ به عنده ،وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وهو دليل قوله ﷺ : « **فأقضي له على نحو ما أسمع منه** » [١] ،ولم يقل ما ثبت عندي .

والثاني : أنه لا يقضي عليه بما أقرَّ به إذا جحد ذلك ، وهو ظاهر «المدونة » ، وهو المشهور ، والحمد لله وحده .

□□□

---

(١) تقدم .

المسألة التاسعة
في الشاهد إذا طلب الإقالة من شهادته

ولا يخلو ذلك من وجهين :

إما أن يكون ذلك قبل الحكم ، أو بعده .

فإن كان ذلك قبل الحكم بشهادته ، فجاء يستقيل منها : فلا يخلو من أن يدَّعي شبهة ، أو لا يدَّعيها .

فإن لم يدَّع شبهة ولا وهمًا : فإن شهادته مردودة في هذه وفيما يستقبل، قولاً واحدًا في المذهب ؛ لأنه إذا لم يدَّع أنه أشبه عليه ، أو ادّعاه إلا أنه لم يتبين لدعواه وجه : فقد تبين كذبه ، وظهر أنه شاهد زور ، فهل يؤدب أم لا ؟ فالمذهب على قولين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يؤدَّب ، وهو قوله في « كتاب القطع في السرقة » من «المدونة » ،ولو أُدِّب لكان لذلك أهلاً .

والثاني : أنه لا يؤدب ، وهو قول سحنون ؛ لأن الراجع عن الشهادة قبل الحكم بها لا يؤدب ؛ لئلاً يمتنع من يشهد على باطل من الرجوع، وهو ظاهر « المدونة » في « كتاب الأقضية » من « المدونة » .

فإن ادَّعى وهمًا وأنه قد شبه عليه : فلا يخلو من أن يكون مبرزًا في العدالة ، أو غير مبرز .

فإن كان مبرزًا في العدالة : فالقول قوله في أنه شبّه عليه ، فتقبل شهادته فيما يستقبل إلا أن يتبين كذبة .

فإن كان غير مبرز : فهل يصدق في الوهم والتشبيه أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يصدق ويقبل قوله ، وإن لم يكن مبرزًا ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الأقضية » من « المدونة ».

والثاني : أنه لا يصدق ، ولا يقبل قوله : أنه شُبِّه عليه إلا أن يكون مبرزًا ، وهو ظاهر قوله في « كتاب القطع في السرقة » من « المدونة » ، وبه قال مطرف وابن الماجشون فيما حكاه ابن حبيب ، وهو مذهب .

فأما الوجه الثاني : إذا رجع الشاهد عن شهادته بعد الحكم بها : فلا يخلو من أن يكون قد شبه عليه أم لا .

فإن شبه عليه : فإن الحكم لا يرد ، واختلف هل يضمن أم لا ؟ وهل ترد شهادته في المستقبل أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يضمن ما أتلف بشهادته ، وإن شهادته في المستقبل لا تجوز ، وهو قول مالك في « كتاب القطع في السرقة » في الغرم ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الأقضية » في قبول الشهادة ، حيث قال : إذا طب الإقالة بعد الحكم بشهادته ،ولا يقبله ، إلا أنه كان يقول : لا تجوز شهادته فيما يستقبل ، وهذا تأويل بعض المتأخرين على « المدونة » ، وعلى «العتبية » ؛ لأنه قال فيها أيضًا : وإن رجع بعد الحكم فلا يقبل منه ، فقيل: إنه لا يقبل منه في إسقاط الغرم عنه ؛ بل يغرم وإن شبه عليه كما قال في «كتاب السرقة ».

وقيل : معناه أن شهادته لا تقبل فيما يستقبل وإن شبه عليه ، وقيل : غير ذلك .

وهذا كله حكاه القاضي أبو الوليد بن رشد في « البيان والتحصيل » .

والثاني : أنه لا يغرم إذا شبه عليه ، وإن شهادته مقبولة فيما يستقبل وهو قول سحنون في قبول الشهادة في المسألة ، وتأويل على« المدونة» في إسقاط الغرم عنه إن كان مبرزًا في العدالة على الاتفاق ، أو كان غير مبرز على الخلاف .

فإن لم يشبه عليه ، وتبين كذبه : فإنه [ق/ ١٢٥/ ٢أ] يغرم ما أتلف بشهادته ، ولا تقبل له شهادة في المستقبل ، قولاً واحدًا .

وهل يؤدب أم لا ؟ قولان .

والحكم نافذ ، ولا يؤدب ، وهو ظاهر قول مالك في« كتاب القطع في السرقة » ، وفي « كتاب الرجم » من « المدونة » .

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين ، ومسائل الأقضية قد تداخلت مع مسائل الشهادات ؛ لأن « كتاب الأقضية » من « المختلطة » ولم يدونها سحنون مع جملة كتب حتى مات رحمة الله عليه ،وهي كتب معلومة لا خفاء بها على من تعنى فدرس المدونة ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد نبيه وآله .

❑❑❑

كتاب الشهادات



كتاب الشهادات

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها عشر مسائل :

المسألة الأولى

في شهادة ذوي القربى بعضهم على بعض

أما شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيه ، والابن لأمه ، والأم لابنها : فقد اختلف العلماء في جوازها ؛ فذهب جمهور فقهاء الأمصار إلى أنها لا تجوز جملة ، بلا تفصيل ، ويدخل في ذلك الجد والجدة من قبل الأم والأب.

وذهب داود وشريح ، وأبو ثور إلى أن شهادة بعضهم لبعض جائزة ؛ وعمدتهم : التمسك بعموم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ [١]، والأمر بالشيء يقتضي إجراء المأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه أنها لا تجوز ، وعمدتهم من طريق المعنى أن قالوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما أعملها الشرع في الفاسق .

ومعنى إعمالها في العادل ؛ إذ لا تجتمع العدالة والتهمة ، وعمدة الجمهور : حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين [٢] ولا جار إلى نفسه » [٣] ،والتهمة أصل يؤثر في إسقاط الشهادة على الجملة ، وهي فيما بين الأبوة والبنوة في الابن إذا شهد لأحد الأبوين

---

(١) سورة النساء الآية (١٣٥) .

(٢) أي : المتهم في دينه .

(٣) أخرجه مالك (١٤٠٣) ، والبيهقي في الكبري (٢٠٦٥٠) بلاغًا .

على الآخر : على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها جائزة في القليل والكثير إذا كان الابن عدلاً ، وخرج من ولاية الأب ، وهو قول ابـن نافع في « المجموعـة » إلا أن يكون الأب قد تزوج على أمه ، فيتهم الابن حينئذ أن يكون غضب لأمه .

والثاني : أن الشهادة لا تجوز ـ لا في القليل ولا في الكثير ـ وهو ظاهر قول مالك في « المدونة » ؛ لأن التهمة قائمة من أداء الجهتين .

والـثالـث : التفصيل بين اليسير والكثـير ؛ فتجوز شهادة بعضهم على بعض في اليسير دون الكثير ، وهي روايـة أشهب عن مالك في « العتبية » و« الموازية » و« المجموعة » ، قال : والابن [عتاب أباه] [١] وربما ضربه .

وأما شهـادة الأب لأحد ابنيـه على الآخر : فـقد اختلـف [أنها] [٢] المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها جائزة جملة بلا تفصيل .

والثاني : أنها لا تجوز جملة بلا تفصيل ، ولا على حال من الأحوال ، وإن كان لكبير على كبير ، والقولان لسحنون في « المجموعة » .

والقول الـثالث : بالتفصيل بين أن يشهد لكبير على صغير ، أو لصغير على كبير ؛ فإن شهد لكبير على صـغير ، أو لسفيه على كبير رشيد ، ولا يجزيه ، وهي رواية عيسى بن القاسم في « كتاب ابن سحنون » .

وسبب الخلاف : قوة التهمة وضعفها .

وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبـه : فقد اختلف [فيها] [٢] العلـماء على ثلاثة مذاهب :

---

(١) هكذا بالأصل .

(٢) في أ : فيه .

أحدها : [أنها] [١] لا تجوز جملة بلا تفصيل ، وبه قال أبو حنيفة .

والثاني : أنها جائزة إطلاقًا ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، والحسن .

والثالث : أنها تقبل شهادة الزوج لزوجه ، ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي ، وابن أبي ليلى .

وأما شهادة الأخ لأخيه فقد قال الأوزاعي: لا تجوز جملة بلا تفصيل، وأما مالك : فقد اختلف فيه مذهبه في جوازها على خمسة أقوال:

أحدها : أنها جائزة جملة بلا تفصيل إذا كان عدلاً ، وهو قول مالك في « كتاب الشهادات » .

والثاني : أنها لا تجوز جملة بلا تفصيل ، وهذا القول وقع في بعض روايات « المدونة » في « كتاب الشفعة» : أيجوز أن يشهد في وكالة أبي أو ابني ، وزاد : أو أخي ؟ فقال : لا يجوز إن كان هو الوكيل ، وإن كان أبو عمران قال : معناه غير مبرز .

والثالث : التفصيل بين أن يكون مبرزًا ، أو غير مبرز ، فإن كان مبرزاً: جازت شهادته له ، وإن كان غير مبرز : لم تجز شهادته له ،وهو ظاهر قول مالك في « المدونة » في أول « كتاب الشهادات » .

والرابع : التفصيل بين اليسير والكثير ؛ فتجوز شهادته له في القليل دون الكثير ، وهو قول ابن كنانة في « كتاب ابن سحنون » .

والقول الخامس : أنه تجوز شهادته له في الحقوق دون الحدود ؛ مثل القصاص والقربة بما ليس مما تقع فيه الحمية ،والتهمة ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« الموازية » ،والأصل في ذلك ما قدمناه من قوة التهمة وضعفها ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

---

(١) في أ : أنه .

المسألة الثانية
في شهادة النساء

ولا يخلو ذلك من وجهين : إما أن تكن فيما يطلع عليه الرجال ، أو تكون فيما لا يطلع عليه الرجال .

فإن كان فيما يطلع عليه الرجال : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون مالاً على الخلوص .

والثاني : ألا يكون في نفسه مالاً إلا أن يتوصل [به] [١] إلى المال .

والثالث : ما ليس بمال ، ولا هو وسيلة إلى المال كالولادة .

فأما الوجه الأول : وهو أن يشهدن على ما هو مال على الخلوص : فلا خلاف بين العلماء في جواز شهادتهن في ذلك ، فإن شهد معهن في ذلك رجل واحد : كانت شهادة مستقلة ، وإن انفردن : فإن المشهود له يحلف مع شهادتهن ولا يجوز في ذلك أقل من امرأتين .

وأما الوجه الثاني : وهو أن يشهدن على ما ليس بمال إلا أنه يؤول إلى المال ؛ كشهادتهن على الولادة على المال أو على الوصية بالنظر في المال : فالمذهب في جوازها على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : جواز شهادتهن في ذلك كجوازها على المال الخاص ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، ورواه ابن حبيب عن عبد الملك بن الماجشون ، وقال عبد الملك : ما علمت أن مالكًا جوز شهادتهن على الوكالة ، ولا في نقل الشهادة ،ولا في إسناد الوصايا.

---

(١) سقط من أ .

ووجه قول مالك : أن شهادته مقصودها المال فجازت كالبيع .

ووجه قول أشهب : ما احتج به سحنون من أني لو أجزت شهادة امرأتين ، ورجل في الوكالة لأجزت فيه شاهدًا ويمينًا .

وأما الوجه الثالث : وهو شهادتهن على ما ليس بمال مما لا يطلع عليه الرجال كالحيض ، والحمل ، والولادة ، والاستهلال ،وعيوب الفرج : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب في جواز شهادتهن في ذلك ، ولا يجزئ فيه أقل من امرأتين ، وشهادتهن في ذلك جائزة دون يمين .

وأما شهادتهن على الرضاع : إذا شهد امرأتان على رضاع الصبي ، هل تقع المحرمية بشهادتهما أم يقارنها الفشور والعرف ؟

فذلك على قولين ، وقد قدمنا الكلام في الشهادة على الرضاع في مسألة مفردة .

وهل من شرط جواز شهادتهن على الولادة بقاء بدن الصبي ، أو ليس ذلك من شروطه ؟

فالمذهب على قولين منصوصين في « المدونة » في « كتاب الشهادات » وغيره :

أحدهما : جواز الشهادة إطلاقًا ـ بقي البدن أو فات ـ وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن شهادتهما إنما تجوز على ذلك إذا بقي البدن أو فات ، وهو قول حتى يشهد عليه الرجال بالنظر إليه ميتًا ؛ لأن البدن لا يفوت ، والاستهلال يفوت ، وهو قول سحنون في « المدونة » ، و«العتبية » .

وأما شهادتهما على أنه ذكر ، فهل تقبل شهادتهما أو لابد من وقوف الرجال عليه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن شهادتهما في ذلك كافية ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة » .

والثاني : أنه لابد من وقوف الرجال على جثته ؛ لأن شهادة النساء إنما تجوز للضرورة ، ولا ضرورة في اطلاع الرجال على الجثة ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » ، قال : لأن ذلك يصير نسبًا قبل أن يصير مالاً .

وعلى القول بأن شهادتهن على ذلك جائزة من غير حاجة إلى اطلاع الرجال ، هل يحلف مع شهادتهن أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن شهادتهن جائزة مستقلة دون يمين ، وهو قول ابن القاسم في« المدونة » وغيرها .

والثاني : أنه يحلف مع شهادتهما ؛ لأنها شهادة على مال ، وهي رواية يحيى بن يحيى ، وعيسى عن ابن القاسم في« العتبية » ،و« الموازية » .

وعلى القول بأن شهادتهن لا تجوز على أنه ذكر ، وقبلت شهادتهن على الولادة والاستهلال ، فبماذا يرث ويورث ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه يرث ويورث بأدنى المرتبتين ، وهو قول سحنون في« كتاب ابنه » وأشهب في « الموازية » .

والثاني : أنها ترث وتورث على أنها أنثى ، كما قال أشهب وسحنون ، إلا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه ينظرون [ق/١٢٦/ ٢أ] إلى الجسد، والجسد لا يبقى ،ويخاف عليه إن أخر دفنه إلى وجود الرجال ، فإنه يرث ويورث على أنه ذكر كما قال ابن القاسم ، وهو قول سحنون .

والثالث : أنه إن فات بذلك في طول مكثه ، ولا يمكن إخراجه لتغيره، فينظر فإن كان فضل المال يرجع إلى بيت المال والعشير البعيد : جازت شهادتهما أو ورث بالذكورية كما قال ابن القاسم .

وإن كان يرجع إلى بعض الورثة الأقرباء : ورث بالأنوثة كما قال أشهب ، وهو قول أصبغ في « الموازية ».

فلو ولدت ثم ماتت هي والولد في ساعة واحدة ، فتشهد النساء أن الأم ماتت قبله ، أو ورثة الولد يحلفون على ذلك ويستحقون ما يرث عن أمه ؛ لأنه مال ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

واختلف إذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي في جواز شهادتهما على قولين :

أحدهما : أنها لا تجوز ،وهو قول عبد الملك ،وابن عبد الحكم ، وأصبغ .

ووجهه : أن الضرر قد ارتفع بحضور الرجال ، فتسقط شهادة النساء ، ولا تتم الشهادة برجل واحد .

والثاني : أن شهادتهما جائزة ، وهي أقوى من شهادة امرأتين ، وهو قول ابن حبيب ؛ قال : وقد سمعته ممن أرضى من أهل العلم ، وهو أحب إليَّ ، وذلك أن ابن وهب روى أن أبا بكر ، وعمر ، وعليًا ، ومروان رضي الله عنهم أجازوا شهادة المرأة وحدها ، وروى عن عمر رضي الله عنه ورَّث صبيًا على أنه استهل ثم مات هو وأمه بشهادة القابلة ، فإذا أضيف إليها شهادة رجل عدل كانت أحرى ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة

في شهادة الصبيان في القتل والجراح والحقوق

وتلخيص القول في المسألة أن تقول : لا خلاف في المذهب أن شهادة الصبيان الذكور جائزة في الجراح ، ولا خلاف أن شهادتهم في الحقوق غير جائزة.

وفي شهادتهم في القتل قولان منصوصان في « الكتاب » :

أحدهما : جوازها ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : منعها ، وهو قول أشهب .

وهل بينهم قسامة إذا شهدوا أن بعضهم جرح بعضًا ثم ثوى في جرحه فمات منه ؟

على قولين منصوصين في «المدونة » :

أحدهما : أنه لا قسامة فيهم ،وهو قول مالك في « الكتاب » .

والثاني : أن القسامة فيهم يحلف؛ ولأنه خمسين يمينًا لمن جرحه مات ، ويستحقون الدية على العاقلة ، وهو قول ابن نافع في «الكتاب » .

واختلف في شهادة الإناث منهم ،هل تجوز في القتل والجراح على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنها جائزة في القتل والجراح ، وهو ظاهر قول المغيرة في «المدونة » ونص قوله في « العتبية » .

والثاني : أن شهادتهن لا تجوز ، لا في القتل ، ولا في الجراح ، وهو قول أشهب في « المدونة » .

والثالث : أنها تجوز في الجراح دون القتل ، وهو قول ابن القاسم في آخر « كتاب الديات » في بعض روايات « المدونة » خلاف ماله في « كتاب الشهادة » والقولان منصوصان لابن القاسم في « المجموعة » .

وعلى القول بأن شهادة الإناث جائزة ـ إما في القتل والجراح على قول، وإما في الجراح خاصة ـ هل يكتفي في ذلك بشهادتهن ، أو لابد من أن يشهد معهن غلام ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن شهادتهن في ذلك مستقلة جائزة ، وإن لم يكن معهن غلام ، وإن شهادة اثنتين فما فوقهما جائزة ، وهو ظاهر قول المغيرة ، وابن القاسم في « كتاب الديات » .

والثاني : أنه لابد أن يشهد معهن غلام ، فإن شهد بذلك غلام وجاريتان : جازت الشهادة .

فإن شهد غلام وجارية ، وانفرد الجواري بالشهادة : لم تجز ، وهي رواية معن بن عيسى ، ومطرف عن مالك ،وبه قال عبد الملك .

وعلى القول بأن شهادة الصبيان جائزة على القتل ، وهل من شرطها شهادة العدول على رواية البدن أم لا ؟

على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : جواز شهادتهم من غير حاجة إلى رؤية البدن ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنها لا تجوز إلا بشرط وقوف العدول على البدن ، وهو قول أكثر أصحاب مالك على ما نقله القاضي أبو الوليد الباجي ، وهو قول سحنون في المدونة في شهادة النساء على الاستهلال ، فإذا ثبت ذلك ، فإن

شهادتهم جائزة إذا كانوا مسلمين أحرارًا ما لم يتفرقوا أو ينجبوا أو يدخل بينهم كبير ، فإذا تفرقوا لم تجز شهادتهم بعد ذلك إلا أن يشهد العدول على شهادتهم قبل الافتراق : فتجوز ،ولا ينظر إلى ما أحدثوه من الانتقال بعد ذلك ؛ لأنها شهادة جوزت لأجل الضرورة ، فتقبل قبل التنجيب والافتراق ؛ لأن الصبيان ليس لهم رأي ، ولا عندهم عدالة تصدهم من الانتقال من قول إلى قول فكان الموجه الحكم بأول قولهم ، والأخذ بما ضبط منه قبل تفرقهم وتنجبهم ،والتنجب تعلم الخبث ؛ وهو أن يدخل بينهم كبير ، أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الكذب ويصدوهم عما يحصل عندهم من يقين ، أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها ، فإذا كان ذلك : لم تقبل وبطلت ، ولا تقبل إلا على الوجه الذي قدمناه .

وقولنا : أن يدخل بينهم كبير ، فإذا دخل بينهم كبير ، فلا يخلو من أن يكون شاهدًا ، أو مشهودًا له ، أو مشهودًا عليه .

فإن كان شاهدًا : فلا يخلو من أن يكون عدلاً ، أو غير عدل .

فإن كان عدلاً : فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل .

فإن كان ليس بعدل ، فهل يؤثر حضوره في إسقاط شهادة الصبيان أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن شهادتهم جائزة مع حضوره ؛ لأن وجوده وعدمه سيان ، وهو قول ابن الماجشون ، وأصبغ ، وروى ابن سحنون عن أبيه مثله كما لو كان عبدًا أو نصرانيًا .

والثاني : أن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير ،وإن كان ليس بعدل ، وهو قول سحنون في « كتاب ابنه » أيضًا .

وكذلك إن كان مشهودًا عليه : فلا تجوز شهادة الصبيان عليه باتفاق المذهب .

فإن كان مشهودًا له : فلا يخلو من أن يشهدوا له بالجراح ، أو بالقتل، فإن شهدوا له بالجراح : فلا خلاف في المذهب أيضًا أن شهادتهم لا تجوز ، سواء شهدوا له على صغير أو كبير .

فإن شهدوا له على القتل : فلا يخلو من أن يموت من ساعته ، أو عاش حتى يعرف ما هو فيه .

فإن مات من ساعته ؛ مثل أن يدفعه أحد من الصبيان من علو عظيم لا يكاد يعيش من سقط منه ، أو يلقيه من علو في بحر يغرق فيه : فإن شهادتهم جائزة له ، وهو قول ابن المواز.

فإن عاش بعد ذلك حتى يعرف ما هو فيه ثم مات : فإن شهادتهم له لا تجوز ، قولاً واحدًا مخافة أن يكون قد لقنهم الشهادة ،ويخدعهم في عقولهم حتى يشهدوا له .

والدليل على جواز شهادة الصبيان على الحالة الموصوفة : الأثر، والنظر ؛ فأما الأثر فما رواه مالك [1] رضي الله عنه عن عروة أن عبد الله ابن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح ، وهو قول أهل المدينة ، وبه قال من الصحابة : علي بن أبي طالب ، ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، ومنع من ذلك : الشافعي، وأبو حنيفة ، والثوري ، وروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه فقال مالك : معناه عندنا : في شهادتهم على الكبار ، وروى وكيع عن ابن

---

(١) أخرجه مالك (١٤٠٧) ، والبيهقي في الكبرى (٢٠٣٩٩) .

جريج عن أبي مُليكة أنه قال : ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير.

وأما النظر :فإن القواعد أسست على أن الدماء يجب الاحتياط لها ، والاحتياط على صيناتها في أهبها ،وجرت عادة الصبيان بالانفراد بالملاعنة حيث لا يخالطهم كبير ،ويجري بينهم من اللعب ،والترامي ما ربما أن يسبب القتل والجراح ، فلو لم يقبل بينهم إلا كبير ،وأهل العدل في الشهادة ، لأدَّى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم ، فقبلت شهادتهم على الوجه الذي يقع على الصحة في غالبَ الحال ، على ما بيناه .

ولا خلاف بين من قال بجواز شهادتهم أن العدالة غير معتبرة في شهادتهم ؛ لأن عارض الطفولية مناف لوجود العدالة .

واختلف في اعتبار العداوة والحرابة بينهم ، هل تعتبر في شهادتهم كما تعتبر في شهادة الكبار ؟ ففي اعتبار العداوة بينهم قولان :

أحدهما : اعتبارها كاعتبارها في شهادة الكبار ، وهو قول ابن القاسم في «الموازية » .

والثاني : أنها لا تعتبر بعداوتهم وهو قول عبد الملك ، وابن المواز ،قال سحنون : لأن عداوتهم لا أصل لها .

وفي اعتبار القرابة أيضًا ، قولان :

أحدهما : أنه لا ينظر في شهادتهم إلى قرابة كما لا ينظر إلى الجرحة والعدالة ، وهو قول ابن المواز .

والثاني : أن شهادتهم تسقط في القرابة كما تسقط بها في الكبار ، وهو قول عبد الملك في « المجموعة » .

فإن اختلفوا في شهادة فشهد اثنان معهم أن فلانًا ،وقال آخرون : بل شجه فلان : فإن شهادتهم باطلة ، وهو قول مالك في « المجموعة » ،

و«الموازية » ،و« كتاب ابن سحنون » : إن شهادتهم إنما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر .

فإن شهد صبيان أن صبيًا قتل صبيًا ، وشهد آخران أنه لم يقتله ،وإنما أصابته دابة : قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل ، وهو قول ابن الماجشون في« المجموعة » ، و« العتبية » ، ووجه ذلك : لو كانوا كبارًا عدولاً : يحكم بشهادة شاهدي القتل ، وكذلك هذان ؛ لأن من أثبت الحكم أولى ممن نفى [ق/ ١٢٧/ ٢أ].

ولو كانوا ستة صبيان لعبوا في البحر ، فغرق واحد منهم ، فشهد ثلاثة على اثنين أنهما غرَّقاه ، وشهد الاثنين على الثلاثة أنهم غرقوه ، هل تجوز شهادتهم ، أو تسقط ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن العقل على الخمسة جميعًا ؛ لأن شهادتهم مختلفة ، وهي رواية ابن وهب عن مالك في « المجموعة » ،و« الموازية » .

والثاني : أن شهادتهم لا تجوز لأجل اختلافهم وتسقط ، وهو قول ابن المواز ، وحكى عن ابن حبيب ومطرف مثله .

وقول مالك أصح ؛ لأن اختلاف شهادتهم لا يمنع قبولها ،ولاسيما على القول بأن اختلاف الشهادة وتقابلها لا يقتضي التأثير [والحمد لله وحده] (١) .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة
في الشاهد يشهد في شيء له فيه حق ونصيب

ولا تخلو شهادته من وجهين :

إما أن يكون في ذكر حق ، أو على وصية .

فإن كانت في ذكر حق له فيه نصيب : فلا يخلو من أن يشهد معه شاهد آخر ، أو انفرد بالشهادة .

فإن شهد معه شاهد آخر : فإن الأجنبي يأخذ حقه بغير يمين ، ولا يأخذ هو حقه إلا بيمين ، وسواء كان ماله فيه قليل أو كثير .

فإن انفرد بالشهادة : فلا يخلو ما شهد به لنفسه من أن يكون يسيراً ، أو كثيراً .

فإن كان كثيراً : فلا خلاف في المذهب أن شهادته باطلة في حق نفسه، وهل تبطل في حق غيره أو لا ؟.

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنها باطلة ، وهو نص « المدونة » ؛ إذ لا يقبل بعض الشهادة ويرد بعضها .

والثاني : أنها جائزة في حق الأجنبي ، وهو قائم من مسألة شهادة رجل وامرأتين على رجل بالسرقة حيث قال في الكتاب : يغرم قيمة السرقة؛ لأنها مال ، ولا يقطع لأن شهادة النساء في الحدود مردودة ، فقد قبل في هذه المسألة بعض الشهادة ورد بعضها .

فإن كان الذي فيه يسير : فالمذهب فيه على ثلاثة أقوال كلها قائمة من« المدونة » :

أحدهـا : أنها باطلة في حق الشاهد والأجنبي ، وهو ظاهر « المدونة » في التعليل ؛ إذ لا يقبل بعض الشهادة ويرد بعضها ، وهو مشهور المذهب.

والثـاني : أن الشهادة جائزة له وللأجنبي ، فيأخذ الأجنبي حقه بيمينه ويأخذ الشاهد حقه بـغير يمين لتناهيته وتبعيتـه لحق الأجنبي ، وهو ظاهر «المدونة » أيضًا من مسألة الوصية ، وهو قوله في « كتاب ابن المواز » .

والثالث : أنها جائزة في حق الأجنبي ، ولا تجوز في حق الشاهد على ما تأول على المدونة من جواز تبعيض الشهادة .

وأما الوجه الثاني : إذا شهد على وصية قد أوصى له فيها بشيء : فعلى التقسيم الذي قدمناه لأنك تقول : لا يخلو من أن يشهد معه غيره،أو ينفرد بالشهادة .

فإن شهد مـعه شاهد آخر : فإن الأجنـبي يأخذ حقه بغـير يمين ، قولاً واحدًا ، وفي حق الشاهد الـتفصيل بين اليسير والكثـير ؛ فإن كان كثيرًا : أخذه ببيميـنه قولاً واحدًا ، وإن كان يسيرًا هل يأخذ بيـمين أو بغير يمين ؟ قولان يتأولان على المدونة ، والتأويل ظاهر .

فإن انفـرد بالشهادة : فلا يـخلو ما شهـد به في الوصية مـن أن يكون يسيرًا ، أو كثيرًا .

فإن كان كثـيرًا : فالشهادة باطـلة في حق نفســه ، قولاً واحدًا ، وهل تبطل في حق الأجنبي أم لا ؟ قولان قائـمان من « المدونة » منصوصان في المذهب المشهور : جوازها ونفوذها في حـق الأجنبي مع يمينه ؛ وفاء ونفاذًا لوصية الموصى وتتميمًا لغرضه ، ولا يـبطل عليه مراده مع عدم القدرة على استدراكه .

فإن كان يسيرًا : ففي المذهب ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الشهادة جائزة له وللأجنبي ، ويأخذ الأجنبي حقه بيمينه ، ويأخذ الشاهد بغير يمين ؛ لأن حقه في حين التبع ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » وبه قال مطرف .

والثاني : أنه لا يجوز له ولا لغيره ، وتبطل في الجميع ؛ إذ لا يقبل بعض الشهادة ، ويرد بعضها وهي رواية ابن وهب في « الكتاب » ، وبه قال ابن عبد الحكم .

والثالث : أنها جائزة في حق الأجنبي ، ويحلف ويأخذ حقه ، وتبطل في حق الشاهد للتهمة اللاحقة به ، وبه قال عبد الملك بن الماجشون ، وهو ظاهر « المدونة » من مسألة شهادة رجل وامرأتين على السرقة التي قبل فيها بعض الشهادة ورد بعضها ، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة
في الشهادة على السماع

وينبغي أن تعلم أن تحمل الشهادة على وجهين :

أحدهما : تحمل نقلها على الأصل .

والثاني : تحمل نقلها عن الشهود .

فأما تحمل نقلها من الأصل : فعلى ضربين :

أحدهما : أن يسمع لفظ الذي عليه الحق بالشهادة له ، أو إقراره.

والثاني : أن يشهد على ما تقيد في « الكتاب » .

فأما الضرب الأول : وهو أن يسمع ما يشهد به ، فإذا وعاه : جاز له أن يشهد به ،ويلزمه ذلك إن لم يعلم غيره بالشهادة ؛ وعلى هذا تجوز شهادة الأعمى خلافًا لأبي حنيفة في قوله :« ولا يجوز له أن يشهد بما سمع في حال العمى » ، وللشافعي في قوله : « لا تجوز شهادته إلا أن يكون المشهود عليه والمشهود له في يديه ،ويؤدي الشهادة بالإشارة إليهما».

والدليل على ما نقوله : أن كل من صح له التمييز بين المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته بينهما كالبصير والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت ، وإذا [كان] [1] أعمى أو عمى بعد ذلك ، فإن لم يع جميع ما أشهد عليه، فإن كان ما نسى منها مما لا يخل بما حفظ منها : فليشهد بما حفظ دون ما شك فيه .

فإن كان مما يخاف أن يؤثر فيما حفظ ويغير الحكم : فلا يشهد به ،

---

(١) سقط من أ .

على التفصيل والتحصيل الذي قدمناه في « كتاب الأقضية » بما يغني عن إعادته مرة أخرى .

وأما الضرب الثاني : إذا ما شهد على ما تقيد في كتاب : فلا يخلو من أن يكون غير مختوم أو مختوم .

فإن كان غير مختوم : فإنه يلزمه أن يقرأ ما قيدت به الشهادة في آخر العقد إذا كان يقرأ ، أو يقرأ عليه إن كان أميًا أو أعمى ؛ ليعلم من ذلك موافقة تفيد البينة الشهادة بما شهد به .

فإن كان الكتاب مختومًا ، فهل تجوز عليه الشهادة أم لا ؟

على قولين منصوصين عن مالك ـ رحمه الله :

أحدهما : أن الشهادة جائزة ، وإن كان الكتاب مختومًا أو مطبوعًا .

والثاني : أنهم لا يشهدون إلا أن يقرأه وقت تحمل الشهادة .

وهذان القولان حكاهما القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن مالك فيمن دفع إلى شهود كتابًا مطويًا ،وقال اشهدوا على ما فيه ، أو الحاكم إذا كتب كتابًا إلى حاكم وختمه ، وأشهد عليه الشهود بأنه كتابه ،ولم يقرأه عليهم: فوجه القول بالجواز أنه أشهدهم على إقراره في كتاب قد عرفوه ، فصح تحملهم للشهادة أصله إذا قرأه عليهم ،واستدل القاضي رضي الله عنه لذلك بأن رسول الله ﷺ دفع كتابًا إلى عبد الله بن جحش ، وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب ، فيتبع ما فيه .

ووجه القول بالمنع : قوله تعالى : ﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ [١]، وإذا لم يقرؤوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به ، فلم تجز شهادتهم ، وقال القاضي أبو الوليد الباجي : والصحيح عندي جواز الشهادة في ذلك ، وأنه

---

(١) سورة يوسف الآية (٨١) .

لا يلزمه إلا تصحيح موضع تقييد الشهادة خاصة ،ولذلك يشهد على الحكام بالسجلات المطوية التي فيها الأرزاق ، ولا تقرأ إلا في العدد الطويل مع القدرة على ذلك ، والتفرغ له ،وربما اجتمع النفر الكثير للإشهاد فيه ، ولو لزم كل إنسان قراءته وتصفحه ، وتحفظه لتعذر الإشهاد فيه ، فإذا ثبت أنه لا يلزمه قراءته ولا معرفة ما فيه حين تقييده شهادته بأن لا يلزمه ذلك عند الأداء أولى ، وقال : وما احتج به من قوله تعالى : ﴿ وَمَا شَهِدْنَا إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ [1]، ليس فيه كبير حجة ،ولا هو بلازم ؛ لأنه إخبار عن شهدة معينة ؛ إذ لا يقول أحد بأن الشهادة بالمعلوم غير جائزة ، وإنما الخلاف في الشهادة بما لم يعلم ، والآية لا تتضمن حكم هذا ، وأيضًا فإنا نقول بموجب ذلك ، فإن الشاهد إنما يشهد بعلمه من صحة تقييده الشهادة في العقد على الوجه اللازم في ذلك .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهو تحمل الشهادة عن الشهود : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : في نقلها عن شهود معينين .

والثاني : في نقلها عن شهود غير معينين .

فأما نقلها عن المعينين: فلا يخلو من وجهين : أن يكون ذلك بإذنهم، أو بغير إذنهم .

فإن نقلها عنه بغير إذنهم ؛ مثل أن يسمع شاهدًا ينص ما عنده من الشهادة في معرض الحكاية ، أو يسمعه ، أو يؤديها عند الحاكم ، فهل يجوز له أن يشهد على شهادته أم لا ، وإن لم يشهده عليها ؟

فالمذهب يتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

---

(١) سورة يوسف الآية (٨١) .

أحدها : أن ذلك لا يجوز جملة وهو مشهور المذهب وهو مذهب «المدونة» .

والثاني : أن ذلك جائز جملة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الأقضية » من « المدونة » في البينة التي تشهد في ديوان المعزول حيث قال : لا ينظر المحدث في شيء منها إلا أن تقوم عليه بينة [ق/١٢٨/ ٢أ] .

والثالث : التفصيل بين أن يسمعه يذكرها في معرض الحكاية : فلا يجوز له الشهادة على شهادته ، أو [يسمعه] (١) يؤديها عند الحاكم أو لمن يأذن له بالنقل عنه : فيجوز له أن يشهد على شهادته .

وهذا القول متأول على « المدونة » أيضًا ، وهو المنصوص في المذهب في « الموازية » وغيرها .

فإن كان النقل بإذنهم فلا يخلو من أن يكون ذلك لعذر ، أو لا لعذر .

فإن كان ذلك لغير عذر : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أن ذلك لا يجوز .

وإن كان لعذر كالمرض ، والغيبة البعيدة : فلا خلاف في الجواز؛ احتياطًا للحقوق ، واحتفاظًا عليها لكيلا تضييع باندراس البينة وانقراضها .

فإن كانت غيبتهم قريبة كاليومين والثلاثة ، فقد قال في كتاب ابن المواز: أنه لا تقبل شهادته ،وقال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك ـ عندي ـ أن يغيب الشاهد عن مكانه اليومين والثلاثة ثم يرجع .

وأما من كان بين موضعه وموضع القاضي مسيرة يومين أو ثلاثة : فلا يلزمه أداء الشهادة عند القاضي ،ويجوز له أن ينقل عنه .

وفي « كتاب ابن سحنون » عن أبيه : إذا كان الشاهد على مثل ما

(١) في أ : يسمعها .

تقصر فيه الصلاة لم يلزمه الشخوص عن مثل ذلك ، وليشهد عند من يأمر له القاضي في ذلك البلد ، ويكتب بما شهدوا به عدال القاضي .

فأما من كان على بريد أو بريدين : فإنه يؤدي شهادته عن الحاكم .

ثم لا يخلو الشاهد حينئذ من أن يكون غنيًا أو فقيرًا ؛ فإن كان غنيًا يجد نفقة ومركوبًا في شخوصه إلى أداء الشهادة : فلا يجوز للمشهود له أن يقيم لهم بذلك ، فإن فعل سقطت شهادتهم ، وهو قول سحنون ؛ لأن ذلك من باب الرشوة والمنفعة التي لا تلزم المشهود له ؛ لأن ذلك أمر لازم للشاهد ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ (١)، وقال سبحانه :﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ (٢)، وقال جلّ من قائل :﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾(٣).

فإن كان فقيرًا ولم يجد نفقة ولا مركوبًا : فلا بأس أن يقيم لهم الشهود بذلك من ماله ؛ لأنها مؤونة لا تلزم الشهود ، فلم تبطل شهادتهم بتكلف المشهود له كسائر نفقاته ، وكذلك لو استشهد إلى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها ، فلا بأس أن يركبوا دوابه للشهود له ويأكلون طعامه ،وهو قول مطرف في « كتاب ابن حبيب » ، وروى ابن سحنون عن أبيه في الشاهد يأتي من البادية يشهد لرجل، فينزل عنده في ضيافته حتى يخرج : فإنه لا ترد شهادته بذلك إذا كان عدلاً ، وهذا ضعيف فإذا قلنا بجواز نقل الشهادة عن الشاهد على الوجه المشروع : فلا خلاف ـ عندنا ـ في المذهب أنه لا يجوز في ذلك نقل الواحد عن الواحد ؛ لأنه ربع الشهادة، وقال في « المدونة » : لو جاز ذلك لم يتوصل إلى الحق إلى بيمين ، وإنما ينقل الاثنان عن واحد ، وينقل عن كل واحد اثنان ، ويجوز

(١) سورة الطلاق الآية (٢) .
(٢) سورة البقرة الاية (٢٨٣) .
(٣) سورة البقرة الآية (٢٨٢) .

نقل الاثنين عن الاثنين ،وعن أكثر من ذلك فيما كان من الشهادة على الحقوق ، فإن نقل اثنان عن واحد : حلف المدعي مع نقلهما فيما يجوز فيه الشاهد واليمين .

واختلف إذا شهد اثنان على شهادة واحد ، ثم شهد واحد منهما مع غيره على شهادة الآخر على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه يؤدي إلى أن واحدًا أحيا شهادتهما، وهو قول عبد الملك في « الموازية » ،و« المجموعة » .

والثاني : أن ذلك جائز ؛ لأن الواحد جمع رجلين ولا وصم في ذلك، وهو قول ابن المواز .

واختلف في نقل الشهادة في الزنا على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يجزئ في ذلك إلا ستة عشر رجلاً : أربعة على شهادة كل واحد .

والثاني : أنه يجزئه من ذلك شاهدين يشهدان على شهادة أربعة ،وبه قال ابن المواز .

والثالث : أنه لا يجزئ في ذلك أقل من أربعة يشهدون على شهادة كل واحد منهم .

وحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب الروايتين عن مالك .

والرابع : التفصيل بين أن يفترقوا ، أو لم يفترقوا.

فإن افترقوا : جاز أن يشهد على كل شاهد من شهود الأصل اثنان حتى يصير عدد الناقلين ثمانية .

فإن لم يفترقوا : جاز أن يشهد على جميعهم أربعة ، يكون عدد الناقلين أربعة .

وهو قول ابن الماجشون في «الواضحة» .

وسبب الخلاف : هل يغلظ بالعدد في شهود النقل كما يغلظ في شهود الأصل أم لا ؟

فأما الوجه الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين : وهي شهادة السماع التي ترجمت عليها المسألة ،وهي على وجهين :

أحدهما : أن تكون فيما لا تتغير حالة ، ولا ينتقل الملك فيه كالنسب والموت .

والثاني : مما يتغير حاله ، وينتقل من ملك إلى ملك ، فأما ما لا يتغير حاله ، ولا ينتقل الملك فيه كالنسب ، والموت ، والولاء ، والوقف المحرم.

فأما الموت : فإنما يشهد فيه على السماع فيما بَعُد من البلاد ، وأما ما قرب من البلاد ، أو الشهادة ببلد الموت ، فإنما تقع الشهادة فيه على البت والقطع ، وإن كان سبب هذه الشهادة السماع إلا أن لفظ شهادة السماع إنما ينطلق عند الفقهاء على ما لا يقع به العلم للشاهد ؛ ولذلك يؤدي شهادته على أنه سمع سماعًا فاشيًا على ما ينصه من شهادته ، وإنما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم : فإنما يشهد على علمه فيقول : أشهد أن فلانًا مات وكذلك إذا سمع النياح ، والصياح ، فقيل له : فلان مات ، وتكرر ذلك عليه حتى يحصل له العلم بموته : فإنه يشهد على العلم ، وإن لم يشهد جنازته .

وأما النسب والولاء : فقد اختلف قول مالك في شهادة السماع فيهما، على قولين :

أحدهما : [أنه] [1] يقضي له بالولاء ، والنسب ، والمال ، وهو قول الغـير في« المدونـة » ، وأكثر قول مـالك ، وابن القـاسم في« كتـاب ابن المواز» .

والثاني : أنه يقضي له بالمال دون النسب والولاء ، وهو قول مالك في المدونة في كتاب الولاء والمواريث ،ويأخـذ المال بعد الاستيفاء ، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسـم في « العتبية » إلا أن يكون أمرًا مستفـيضًا مشتهرًا كاشتهـار نافع مولى ابن عـمر رضي الله عنه ، فإنـه يستحق المال والـنسب ويجزئه الـولاء ، والخلاف في ذلك ؛ لأنه بلغ مـبلغ التواتر الـذي يقع به العلم ، ولا يقول الشاهد في تلك الصورة : سمعنا ،وإنما يقول : علمنا .

وأما الوجه الثاني : وهو ما يتغير حاله ، وينتقل كالأشربة ،والحيازات، والصدقات ،والأحباس غير المحرمة ، وشبـه ذلك : فإن شهادة السماع فيه جائزة مع طول الـزمان ؛ لأنه إذا طال الزمان فقد تنـدرس العقود ،وتموت البيـنات ، ولم يبـق إلا السماع ، واختـلف في مقـدار الطول علـى ثلاثة أقوال:

أحـدهـا : أن حد الطول في ذلك خمسون سـنة فما فوقها ،وهو قول مالك في المدونة وغيرها.

والثـاني : أن حد الطول خمسة عشر سنة لتقاصر أعمار الناس في هذا الزمان ،وهو قول مطرف ،وابن الماجشون في « الواضحة » .

والثـالث : أن الوباء إذا وقع وكثر الموت جازت شـهادة السماع في المدة التي لو لم يـكن وباء مـا جـازت فيــها ؛ لأن كثـرة الوبـاء كطـول السـنين واندراس الأمر ،وهو قول في « كتاب ابن المواز » .

(١) سقط من أ .

وشهادة السماع يتقرر بها ما تحت الحوز ، ولا يستخرج بها ما في البلد؛ ولذلك لا تصح فيما يحول وينتقل إلا مع طول الزمان ؛ مثل أن يقيم رجل غائب البينة أن هذه الدار لأبيه أو لجده ،وثبتت المواريث ، ثم يقيم الذي في يديه الدار البينة يشهدون على السماع أنه اشتراها من أبى هذا المدعي أو من جده ، أو من أحد ادعى هذا المقام : أنه ورثها منه ، أو ممن صارت إليه ممن ذكرنا : فإنه يقضي له بها ، وتقر يده عليها ، وترفع عنه يد المدعي ، وينهى عن التعرض له .

فإن قالوا : سمعنا أنه اشتراها من قوم قد انقرضوا من غير أن يسموا ممن اشتراها منه ، فلا تقبل شهادتهم في ذلك .

ومن شرط شهادة السماع :أن يقولوا سمعنا من قوم عدول .

فإن انطلقوا ولم يقولوا عن قوم عدوم : ففيه قولان :

ولا يحتاجوا إلى تسميتهم ؛ لأنهم إن سموهم خرج عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة .

ويجزئ في الشهادة على السماع شهادة رجلين ، وما كثر فهو أحسن قاله مطرف ، وابن الماجشون عن مالك ما لم يكن هناك أمر يوجب التوقيف عن شهادتهما ؛ مثل أن يشهد على السماع رجلان ، وفي القبيل مائة من أترابهم لا يعرفون شيئًا من ذلك ، وهو قول ابن القاسم في «المجموعة » إلا أن يشهد بذلك شيخان قد باد جيلهما ولم يبق من أترابهما أحد فتجوز شهادتهما .

وأما شهادة السماع في الضرر بين الزوجين : فإنها جائزة ، ويكون السماع من الأهل والجيران ، وإن لم يكن أهله من العدول ،وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في «العتبية » ، وفي « النوادر » عن حسين بن

عاصم: قال ابن القاسم : لا تجوز شهادة السماع إلا عند العدول في الرضاع ، فيجوز أن يشهد العدول على لفيف القرابة ، والأهل، والجيران.

واختلف قول مالك في جواز شهادة السماع [ق/ ١٢٩/ ٢أ] في النكاح على قولين :

فوجه القول بجوازها في النكاح : أنه ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين ، فأشبه الولاء .

ووجه القول بأنها لا تقبل : أن أصله غير مستند بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك ، وقال سحنون في « العتبية » وجل أصحابنا يقولون في النكاح إذا انتشر خبره في الجيران أن فلانًا تزوج فلانة وسمع الدفوف : فله أن يشهد أن فلانًا زوج فلان ، زاد محمد بن عبد الحكم: وإن لم يحضر النكاح .

فإذا شهد بالسماع شاهدان فيما تجوز فيه شهادة السماع ، هل يحلف المشهود له مع شهادتهما أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يحلف مع شهادتهما ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في «الواضحة » .

والثاني : أنه لا يمين عليه ، وهو ظاهر « المدونة » ، وفي « النوادر» قال أصبغ عن ابن القاسم : وفي التي تفتدي من زوجها ثم يشهد لها قوم بالسماع أن زوجها كان يضربها : فذلك جائز بالسماع من الأهل والجيران ، وشبه ذلك من الأمر الفاشي قبل ، فيجوز في هذا شاهد على السماع البين والأمر بالمعروف ، قال عيسى فيه أنه يجوز ، قيل : أفتحلف مع ذلك ؟ قال : لا قيل فيشهد [لها] [1] شاهد على البيان للضرر وتحلف معه ،

(١) في أ : له .

قال: كيف يعـرف ذلك ؟ قال : يقول : سمعت واسـتبان لي ، قال : إن كان هذا فـعسى وانظر فـيه ، قال أصبغ : هـذا جائز ، وإن لم يكـن معه غيره، وكان سماعًا قاطعًا ، وإن كان سماعًـا غير مقاطع : فإنها تحلف معه إن كان سمـاعًا منتـشرًا ، ويرد عليـها ما أخذ ؛ لأنـه مال ، فتحـلف مع شاهدها ، ويمضى الـفراق ، وقد قاله ابن القاسم بعـد ذلك أنه كالحقوق ، فانظر إذا كانت لا تحلف مع الشاهد الواحـد على السماع الفاشي بالضرر ، فبأن لا تحلف مع الشاهدين أولى وأجدى ، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السادسة

فيمن ادعي على رجل دعوى، فأراد أن ينافيه

فلا تخلو دعواه من وجهين : إما أن تكون فيما يتعلق بالذمة ، أو في شيء معين .

فإن كان فيما يتعلق بالذمة : إما بتراض منهما ؛ كالسلف وثمن المبيع، أو بغير تراض منهما ؛ كالغصب ، والتعدي ، فلا يخلو المدعي من أن يكون تبين [وجه] (١) لدعواه أم لا .

فإن لم يتبين لدعواه وجه ، فهل له الإيقاف أم لا ؟

فالمذهب على قولين منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يوقف له ،وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن له الإيقاف ، وهو قول الغير في « الكتاب » ،والقولان في« كتاب الشهادة » .

فإن تبين لدعواه وجه : فلا خلاف في المذهب أن له الإيقاف ، فهل يكفل له به إن طلب ذلك أم لا ؟ قولان لابن القاسم :

أحدهما : أنه يكفل له به ، وهو قوله في « كتاب الشهادة » من «المدونة» مثل قول غيره فيه .

والثاني : أنه لا يؤخذ له منه كفيل ، وهو قوله في « كتاب الكفالة » .

فإن كان الدعوى في شيء بعينه : فلا يخلو من أن يكون مأمونًا كالدور والأرضين ، أو في غير المأمون كالحيوان والعروض .

---

(١)سقط من أ.

فإن كان في المأمـون فطلب الإيقاف ، فإن كان بمـجرد دعواه فقولان ، وقد [بيناهما] [١] في الفصل الأول .

فإن ثـبت لدعـواه وجه ، فطلـب الإيقاف ، فـهل يوقـف له أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » من «كتاب الشهادات»:

[أحدها] [٢] : أنه يوقف وقفًا يمنع فيه من الإحداث يريد البيع وأنواعه، وهو قول مالك في « الكتاب » .

والثاني : أنه يوقف وقفًا يمنع فيه من الخدمة ، والتصرف والاستغلال ، وهو قوله في مسألة المياه : والى في الغبن .

والـثالـث : أنه لا يوقف له أصلاً ، والذي هو فـي يديه أن يبيع ما لم يحكم عليه ، وهو أضعف الأقوال . وتوجيه كل قول ظاهر .

فإن كان في غير المأمون كالحيوان ، والعروض : فلا يخلو من أن يكون مما يقع الإشهاد عـلى عينه ، أو مما لا يقع الإشهاد ، فـإن كان مما لا يُشهد على عـينه : فإنـه يعزل ويوقـف بيد أمين مـخافة الاستـبدال والعنـف في الاستعمال ، فيتـطرق إلى هذا الغبن الاحتمال ، فيدخل عـلى الشاهد عند معاينة الإشكال ثم لا يقدر على حزم الشـهادة بحال ، فتسقط الشهادة على تلك على كل حال .

فإن كـان مما لا يـشهد عـلى عـينه ؛ كـالمكيل والموزون مـن الطـعام والعروض: فلا يخلـو من أن يكون مما يسرع إليه الفساد كـرطب الفاكهة ، واللـحم الطـري ، والطعـام المصنوع ، أو ممـا لا يسرع إلـيه ؛ كالحـبوب والحناء، وغيرهما.

---

(١) في أ : بيناه .

(٢) سقط من أ .

فإن كان مما لا يسرع إليه التغيير : فإنه يبقى بيد المدعى عليه من غير إيقاف ، حتى إذا أثبت المدعي حقه واستحقه فيأخذه ، وإلا فلا شيء له شبيه للمدعى عليه ، وإنما قلنا : أنه لا يوقف ؛ لأنه مما لا يشهد على عينه، ومثله يقوم مقامه .

فإن كان مما يسرع إليه التغيير كرطب الفواكه ، وما كان في معناه : فلا يخلو المدعي من أن يكون قد أشرف بحجته على فصل القضاء كبينة ينتظر تزكيتها ، أو لم يكن له إلا شبه ، أو مجرد الدعوى في الوجه الأول : يبيع القاضي الشيء المدعى فيه إذا خشي عليه ،ويوقف الثمن ، ويكون لمن غلب.

في الوجه الثاني ينتظر القاضي بالطالب ما لم يخش على الشيء المدعى فيه بإسقاط حجته ، وقال في « الكتاب » في هذا الوجه : فإن كان الماء شهد به للمدعي شاهد واحد وأثبت لطخا : فإن القاضي يؤجل المدعي بإحضار شاهد آخر ما لم يخشى الفساد ، فجعل الشاهد الواحد العدل كاللطخ ،ومعناه : أن المدعى يقول : لا أحلف مع الشاهد أصلاً ، فإن أثبت بشاهد آخر : أخذت حقي بشاهدين ، وإن عجزت : فلا حق لي ، فهذا معنى قوله في « الكتاب » على القول بالإيقاف في جميع ما شرع فيه الإيقاف على من تكون النفقة ، ولمن تكون الغلة .

وأما ما يوقف وقفًا يمنع من الاستخدام ، فإن كانت له غلة : فنفقته من غلته ، وإن لم يكن له غلة ، فقولان :

أحدهما : أن نفقته على من يقضى له به ، وهو مذهب « المدونة » .

والثاني : أن النفقة عليهما معًا فمن يقضي له به رجع عليه الآخر بما اتفق ، وهذا القول في غير « المدونة » وهو أصح وأولى بالصواب .

وأما ما يوقف وقفًا يمنع فيه من الأحداث كالأصول على القول

بالوقف: فقد قال ابن القاسم في « الكتاب » : إن الغلة لمن كان الشيء في يديه ، والنفقة على من يقضي له به ، وهذا اضطراب من القول .

وقد اختلف المذهب في غلات هذا الشيء لم تكون على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها للذي في يديه حتى يقضي بها للمدعي ؛ فعلى هذا يجب أن تكون النفقة عليه ، والأصول موضوعة على أن النفقة على من له الغلات .

والثاني : أن الغلات موقوفة مع الأصول ، وتكون النفقة عليها منها إن كانت ، أو على من يقضي له بها إن لم تكن .

والثالث : أن النفقة عليهما معًا ، فإذا قضى بها لأحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق ، على الخلاف الذي قدمناه ، وهو قول يحيى بن عمر، [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السابعة
فيمن أقام شاهداً على خمسين وشاهداً على مائة

ولا يخلو ذلك من أن يكون في مجلس واحد ، أو في مجلسين .

فإن كان في مجلس واحد : فلا يخلو المشهود عليه من أن يكون منكرًا للشهادتين ، أو مقرًا بإحداهما .

فإن كان منكرًا للشهادتين جميعًا : فقد اختلف فيه قول مالك على قولين :

أحدهما : أن ذلك زيادة ويحلف مع شاهد المائة ، ويأخذها وهو قوله في« المدونة » .

والثاني : أن ذلك تكاذب ، وهو قول مالك أيضًا .

ثم لا يخلو الطالب من أن يقوم بالشهادتين ، أو بإحداهما .

فإن قام بالشهادتين جميعًا : بطلت دعواه ؛ لأن كل واحد من الشهود كذب صاحبه ، قال الشيخ أبو إسحاق التونسي :كما لو شهد له شاهدان أحدهما يقول : له عليه بغل ، وقال الآخر : بل الذي له عليه حمار فإن قام بأحد الشهادتين وأسقط الآخر : كان له ذلك ، وحلف مع الذي قام بشهادته .

فإن كان المشهود عليه مقرًا بشهادة الخمسين منكرًا لشهادة المائة : كان تهاترًا يقضي فيه بأعدل البينتين .

فإن تكافأت إليه البينتان : سقطتا ، وكان القول قول المطلوب ، وهل ذلك بيمين ، أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أن القول قوله مع يمينه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن القول قوله بلا يمين ، وهو قول أشهب .

ووجه قول ابن القاسم : أن البينات لما تكاذبت سقطت ، فكأنها لم تكن ، وصار مدعًا عليه ، ومدعًا عليه بعد إثبات الخلطة يكون القول قوله مع يمينه .

ووجه قول أشهب : أن المدعي لما أقام مع المدعي عليه ببينة سقط عنه اليمين ،وفيما قاله أشهب ضعف ؛ لأن بينته لم تصح بمكافأة بينة المدعي .

وأما الوجه الثاني : إذا كان ذلك في مجلسين فهما حقان ، فإن ادعاهما المدعي : فإنه يحلف مع كل شاهد ، ويأخذ مائة وخمسين .

وإن أراد أن يأخذ خمسين بغير يمين : فالمذهب على قولين قائمين :

أحدهما : أن ذلك له .

والثاني : أنه ليس له ذلك .

والقولان لابن [ق/ ١٣٠/ ٢أ] القاسم .

وبالأول قال ابن المواز ؛ لأن البينات قد اتفقت على إثبات الخمسين له كما لو شهد عليه شاهد بطلقة ،وشاهد بطلقتين يوم البت أنهما قد اتفقا على طلقة ، وتلفق شهادتهما فتعد عليه طلقة ، وقد نص مالك في «الكتاب » في مسألة الخمسين والمائة على أن للمدعي أن يأخذ الخمسين بغير يمين إن شاء ، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثامنة
في كيفية القضاء عند تكافؤ البينات

ولا يخلو الشيء المدعى فيه من ثلاثة أوجه :

إما أن يكون في يد أحدهما، وإما أن يكون في يد غيرهما ، وإما ألا يكون بيد أحد .

فإن كان بيد أحدهما وأتى كل واحد منهما ببينة : فلا يخلو من وجهين:

إما أن تتكافأ وتتساوى ، أو تفاضلت وتباينت .

فإن تكافأت وتساوت حتى لا مزية : سقطتا ويبقى الشيء بيد حائزة ، وهل ذلك بيمين أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنه يأخذه بيمين ، وهو مذهب « الكتاب » .

والثاني : أنه يأخذه بغير يمين ، وهو قول أشهب في غير « المدونة » .

وسبب الخلاف : سقوط البينتين هل هو كالتجريح ثم لابد من اليمين ؛ لأن أدنى درجة المدعي مع قيام بينته أن تكون شبهة توجب اليمين ، وهو كالعدم في نظر الشرع ، ثم لا يمين على المدعى عليه إلا على القول بوجوب اليمين لمجرد الدعوى ، وهو قول ضعيف في المذهب .

واختلف في التكافؤ المعتبر ، هل هو في العدد أو في الصفة على قولين:

أحدهما : أن التكافؤ المعتبر في الصفات دون العدد حتى أن الشاهدين يقابلا مائة شاهد ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن التكافؤ في العدد لا في الصفة ، وهو قول الغير في بعض نسخ المدونة ، وهو قول منصوص .

فإن تفاضلت وتباينت : فالحق لمن أرتب بينته ، وهل ذلك بيمين أم لا؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك بيمين ، وهو قوله في « الكتاب » ؛ فيجعل زيادة العدالة كشبهة [أضيفت] [١] إلى الجبارة ، فيدفع بها شهادة بينة خصمه .

والثاني : أنه بغير يمين ، وهو قول أشهب .

وقيل : فائدة بيمين من كانت بينته أعدل أنها يمين القضاء التي لا يستقر القضاء للقاضي إلا بها استبراءً واستقصاء .

والوجه الثاني : إذا كان الشيء المدعى فيه بيد غيرهما : فلا يخلو من هو في يده من أن يدعيه لنفسه ، أو لا يدعيه .

فإن ادعاه ولا بينة له غير الحوز ، فهو لمن قبلت بينته ممن لم يكن في يده .

فإن تكافأت بينتهما أو سقطتا ، فهل يبقى لحائزه أو ينزع منه ؟ قولان:

أحدهما : أنه يبقى له ملكًا .وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنه يؤخذ منه ؛ لأن كلتا البينتين شهدتا أن الحائز لا حق له فيه، فوجب أخذه منه ، فيقسم بين المدعيين الآخرين على ما يأتي بيانه .

فإن كان لا يدعيه ،وهو **الوجه الثالث** : إذا لم يكن في أيدي المتداعيين، فمن زادت بينته في العدالة أخذه ، فإن تكافأت وتساوت ، فما الحكم في ذلك ؟

فلا يخلو من أن يكون مأمونًا كالدور والأرضين ، أو غير مأمون

---

(١) في أ : أضافت .

كالعروض والحيوان .

فالمأمون هل يوقف أبدًا حتى يأتي أحدهما بأثبت مما أتى به أولاً أو يقسم بعد الطول ؟ ففي « المدونة » قولان :

أحدهما : أنه لا يقسم أبدًا ، وهو قوله في « الكتاب » : يبقى كغيره من عفو بلاد المسلمين .

والثاني : أنه يقسم بينهما بعد الطول ، وهو قوله في «الكتاب » أيضًا .

فإن كان غير مأمون كالحيوان والعروض : فلا يخلو من أن يكون مما يخشى عليه في الحال كرطب الفواكه : قسم بينهما في الحال من غير استثناء .

واختلف في شاهد ويمين ،وشاهد وامرأتين ، هل يعارض بها شهادة الشاهدين أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : إذا تساوى الشاهدان في العدالة : حلف صاحب الشاهد وكافأ شاهده ويمينه شاهدي الآخر ، وكذلك شاهد وامرأتان يكافئا شاهدين إذا استووا في العدالة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن الشاهد واليمين ، ورجلاً وامرأتين لا يعارض به شهادة الشاهدين ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : هل ذلك من باب الترجيح أو ذلك من باب التجريح؟ وأشهب جعله من باب التجريح ، والتجريح لا يقع بشاهد ويمين ،ولا بشاهد وامرأتين ؛ إذ لا مداخل لشهادتين في ذلك باتفاق المذهب في ذلك، وابن القاسم يجعله من باب الترجيح ، وهو أقرب إلى النظر ، [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة التاسعة
في الشهادة على الصفة والاعتراف
ومن اعترف عبداً أو دابة بيد رجل
فطلب قيام البينة على عينه

فلا يخلو العبد المستحق من أن يكون في بلد البينة ، أو غائبًا عنه.

فإن كان حاضراً في بلد البينة : فلا بد من الجمع بينهما حتى يشهدوا على عينه .

فإن كان قريبًا ، فهل تجوز الشهادة على صفة العبد أم لا ؟

على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : تجوز فيه الشهادة على الصفة ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الشهادة » ، و« كتاب العتق الثاني » ، و« كتاب الآبق » إذا وصفته البينة أو حكته فيقضي له به .

والثاني : أنه لا يجوز ، ولا تقع الشهادة إلا على عينه ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » حيث قال : يجوز له وضع القيمة ، ويخرج به إلى بلد بينته ، وبه قال ابن كنانة .

وعلى القول بأنه لابد من الشهادة على عينه ، فإذا طلب المستحق أن يخرج به إلى بلد البينة : فلا يخلو من أن يأتي بشبهة ، أو لا يأتي بشيء.

فإن أتى بشبهة مثل أن يأتي بشاهد واحد ، أو سماع أنه سرق له عبد على صفة كذا ، فأراد أن يأخذ العبد ويضع القيمة ، فهل ذلك له أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك له ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب » .

والثاني : أنه لا يمكن من ذلك ، وهو قول غيره في « الكتاب » .

فإن لم يأت ببينة إلا مجرد الدعوى : فلا يمكن من الخروج ووضع القيمة قولاً واحدًا .

وعلى القول بأن له وضع القيمة والخروج به ، فإذا شهدت البينة على عينه ،فوجه شهادتهم : أن يقولوا ما علمنا أنه ما باع ،ولا وهبه ،ولا خرج من يده بوجه من وجوه الملك حتى سمعناه ينشده ، فلو قطعوا أنه ما باع ، ولا وهب : فقد شهدوا بزور وشهادتهم ساقطة ، وما يدريهم أنه [ما باع] (١) ولا وهب .

فإن أبى الشهود أن يزيدوا على الملك أنه ما باع ولا وهب ، وقالوا ما تريدون على هذا ،هل يقضي بشهادتهم أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يقضي بشهادتهم ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يقضي بشهادتهم ،وهو قول أشهب .

وذهب بعض المتأخرين إلى التلفيق بين القولين ، وقال معنى قول أشهب : أنه لا يقدر على سؤالهم ؛ لكونهم ماتوا أو غابوا ، ومعنى قول ابن القاسم : أنه قادر على سؤالهم ، والوقوف على حقيقته .

فإن كان [العبد في موضع] (٢) بعيد عن موضع البينة مما يلحق فيه الضرر المستحق في الذهاب ، والرجوع بالعبد والدابة : فلا يخلو الطريق من أن يكون مأمونًا ، أو مخوفًا .

فإن كان الطريق آمنًا : فحكمه حكم القريب الغيبة على سواء .

---

(١)سقط من أ. .

(٢) فى أ: فى موضع العبد .

فإن كان مخوفًا وهناك غرر وخطر : فالذي ينبغي أن تجوز الشهادة على الصفة في هذا الوجه قولاً واحدًا ، ويأتي المستحق إلى بينته ،ويكتبون له أنه سرق له عبدًا صفته كذا ونعته كذا على حسب ما عرفوا فيه من الصفات التي لا تعتبر ولا تزول ، وينتقل له على عقده ، فإذا وصل إلى البلد الذي فيه العبد ، فيقصد إلى قاضي تلك البلدة ، فإذا ثبت عقده أن ذلك كتاب القاضي الذي كتب إليه بشهادة البينة أو يستدل عليه بطابعه ـ على القول بالعمل بالطابع : فإنه يأمر بإحضار ذلك العبد فيعرضه على تلك الصفات، فإن [وقعت] [1] فيه أو صادف أكثرها : فلا إشكال أنه ينفذ فيه الحكم للمستحق بعد أن يحلفه على البت بيمين أنه ما باع ، ولا وهب ، ولا أخرجه من يده بوجه من وجوه الملك إلى أن سرق منه أو أبق .

فإن [خالفت] [2] تلك الصفات صفاته ، أو صادف أقلها : فلا شيء للمدعي ، ويكتب القاضي للمدعى عليه بإسقاط دعوى المدعى عنه .

فإذا ثبت له الملك ثم طلب المستحق منه وضع القيمة ،ويخرج بالعبد إلى بلد بائعه يستخلص به الثمن من عنده : كان ذلك له ويجبر المستحق على ذلك ـ قرب الموضع أو بعد ـ ويكتب له القاضي نسخة الاستحقاق ، ويطبع على عنق تلك الدابة أو العبد ليتبين أنه مستحق قضى به ، ولم يزل ذلك من عمل القضاة والحكام .

والحكم في الدابة أو العبد إذا هلك في الطريق إذا أصابه عيب، أو عجف ، أو كسر ، أو نقص ، أو حوالة الأسواق مبين في الكتاب بما لا يزيد عليه [والحمد لله وحده][3].

❑❑❑

---

(١) في أ : وقع .

(٢) في أ : خالف .

(٣) زيادة ليست بالأصل .

المسألة العاشرة
في الحيازة

والأصل في الحيازة ما رواه عبد الجبار بن ربيعة عن عمر عن سعيد بن المسيب مرفوعًا أن النبي ﷺ أنه قال : « **من حاز شيئًا عشر سنين فهو له** »(١) فالخبر وإن لم يسند فالنظر يؤيده ؛ إذ التصرف في أملاك الأغيار محظور شرعًا إلا بأمر جائز ، فكان التصرف في المتمولات بما لا يحدثه فيها إلا أهلها ، أو إلى مدة لا تسامح النفوس إليها بمعين مالكها دليلاً على الملك أخذًا بالعرف واستصحابًا للحال .

ودليل اعتبار [عشر] (٢) سنين : أن الله تبارك وتعالى جعلها أبلغ شيء [ق/ ١٣١/ ٢أ] في العدد ؛ إذ أمر نبيه ﷺ بتأخير المشركين ، فلم يأذن له في الانتصار بالسيف إلا بعد عشر سنين ، فقال سبحانه : ﴿ **أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ** ﴾ (٣)، فهذه أول آية نزلت في الجهاد ؛ إذ بالاستئناس بهذا الظاهر يقوى جأش المجتهد في التحديد بعشر سنين ، ومنبع أقوال المجتهدين وجدان في التسامح ،وفقدان التشاحح ، فيمتد الأمد في استقرار المواصلة ، ويقصر في التنافر والمفاصلة ، ومناط القول فيه بالمتداعين والمحاز والمحاربة ، ومدة الخيار وهيئتها ، والكلام في هذه الفصول يتداخل ،ولا يتمكن إفراد كل فصل بالكلام عليه على حسب العادة المألوفة في وضع هذا الكتاب ؛ وذلك لامتزاج الأسئلة وتداخل الأجوبة ، غير أنَّا نبلغ المجهود في التحصيل حتى نورد في المسألة ما عليه

---

(١) تقدم .

(٢) سقط من أ .

(٣) سورة الحج الآية (٣٩) .

التعويل من الأقاويل بفضل الله وتعالى ، وهو حسبي ونعم الوكيل ، فنقول وبالله التوفيق : المتداعى فيه ضربان : مأمون ، وغير مأمون ، والمتداعيان ضربان : أقارب ، وأباعد .

فأمَّا تداعي الأقارب في المال المأمون كالدور والأرضين : فهم على ضربين : الأقارب بالنسبة ، والأقارب بالسبب ، فأقرب الأقربين : الابن ، فلا يخلو ما حازه على أبيه من أن يحيزه بهبة ، أو صدقة ، أو غير ذلك .

فإن حازه بهبة ، أو صدقة : فلا خلاف في المذهب في أن الحيازة عاملة نافعة للابن في حياة الأب وبعد مماته .

فإن حازه بغير ذلك : فلا يخلو من أن يحيزه بالعمارة أو بالسكنى والزراعة .

فإن حازه بالعمارة كالبناء ، والغرس ، وشق العيون ، وحفر الآبار ، ولم ينقله عنه الأب إلى أن مات ، أو طال الزمان ، فهل يكون ذلك حوز أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك للولد ويصح حوزه فيه إذا ادعاه ملكًا لنفسه ، وهو قول محمد بن أبي قديم بن دينار ، ومطرف في « العتبية » .

والثاني : أنه ليس بين الوالد وولده في مثل هذا حيازة ،وإن طالت عمارة ،وإن بنى وغرس وسكن ، اتصل أم انفصل ؛ لأن ذلك كالحوز لأيهم ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في العتبية .

فإن حازه بالسكنى والزراعة : فلا خلاف في هذا في المذهب أنه لا يصح به الملك للولد ـ طال الزمان أو قصر ، حضر الأب أو غاب .

وكذلك حيازة غير المأمون من العبيد والحيوان : فلا حيازة للابن على الأب في ذلك جملة ، وينبغي إذا حاز جارية من جواري الأب للاستخدام

والاستشغار زمانًا طويلاً ثم استشغرها بعلم الأب ، ووالدها : أن ذلك حوز له إياها كالأجنبي .

والأقارب غيره بنسب أو بسبب كالولاية والصهر : فلا تخلو حيازة بعضهم على بعض بأن تكون بالسكنى ، أو الزراعة ، أو بالعمارة، أو بالبيع، وأشكاله .

فإن حاز بالسكنى والزراعة ، هل يستحقونه بذلك أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنهم لا يستحقون المحاز بذلك ـ طال الزمان أو قصر ـ وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنهم يستحقونه بطول خمسين عامًا ، وإن خلا من عمارة، وهو قول أصبغ ، ومطرف في « كتاب ابن حبيب » ، وسواء حضروا أوغابوا .

والثالث : أنهم يستحقونه بحيازة عشر سنين كالأجانب ، وهو قول ابن وهب وابن القاسم في « المجموعة » ، وهذا القول قائم من « المدونة » من « كتاب الأقضية والشهادات » من المدونة من قوله : أرأيت لو أن دارًا في يدي ورثتها عن أبي ثم أقام ابن عمي بينة أنها دار جده ، وطلب مورثه ، فقال هذا من وجه الحيازة التي أخبرتك بها ، فساوى بين الأقارب والأجانب في الحيازة .

وهل الأوراث والأشراك كالقرابة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنهم كالقرابة ، وهو أحد أقاويل ابن القاسم في « العتبية » و« الواضحة » وغيرهما ، وأن الثلاثة الأقوال التي حكيناها في الأقارب تجري في الأوراث والأشراك وهو نص مطرف في « كتاب ابن حبيب » :

أن خمسين سنة حد السكنى بينهم في الحيازة والزراعة .

والثاني : أن الأقارب كالأجانب في أن حيازة عشر سنين بينهم تفيد الملك ،والإوراث ،والإشراك بخلاف ذلك ، وهو قول مطرف في «الواضحة » ، فيتحصل في المسألة على هذا التخريج أربعة أقوال :

أحدها : أنهم لا يستحقون المحاز بالسكنى والزراعة جملة بلا تفصيل طال الزمان أو قصر ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنهم يستحقوه بحيازة خمسين عامًا ، وإن خلا من عمارة وهو قول أصبغ ،ومطرف في « كتاب ابن حبيب » .

والثالث : أنهم يستحقونه عشر سنين ، وهو قول ابن وهب ،وابن القاسم في « المجموعة » ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم ، على ما حكاه ابن حبيب : أن الحيازة بالحرث ، والسكنى على الورثة وغيرهم مثل الهدم ، والبناء ، وهو قائم من « المدونة » .

والرابع : التفصيل بين الأقارب والأوراث والأشراك ؛ فالأقارب كالأجنبيين في أن حوز عشر سنين يقطع دعوى المدعي ، والأشراك لا يقطع الحوز الدعوى بينهم إلا من خمسين عامًا فأكثر ، وهو قول مطرف في «الواضحة » .

وأما إذا كانت حيازتهم بالعمارة كالبناء ،والغرس ، وشق العيون والأنهار : فقد اختلف في حد الحوز على ذلك على قولين :

أحدهما : أن الحيازة بذلك تفيد الملك في عشر سنين ، وتحفظ دعوى المدعي ، وهو قول مطرف في « الواضحة » : إذا كان المحاز عليه حاضرًا عالمًا ،ولم ينكر ولم يغيره إذا ادعى ذلك الحائز لنفسه ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » في رواية عيسى عنه أن عشر سنين ، أو سبع ، أو

ثمانية تقطع دعوى إذا كان حاضراً عالمًا .

والثاني : أنهم لا يستحقوه إلا بحيازة خمسين ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، والأشراك والأوراث في ذلك سواء .

وأما إذا جاوزه بالبيع وأشكاله ؛ مثل أن يبيع أو يهب أو يتصدق أو يصدق للنساء والباقون حضور لم يغيروا ولم ينكروا : فلا حق لهم في المبيع إن لم يقوموا من حينهم .

فإن لم يقوموا من حينهم حتى انعقد البيع ، ومضى وهو حاضر عالم ثم قام بعد ذلك ، فلهم القيام في الثمن بعد أن يحلفوا أنهم ما تركوه يبيع إلا ليقوموا بحقهم في الثمن ، فيصدقوا .

فإن قاموا بعد طول الزمان : فلا حق لهم في الثمن ، ولا في المثمون من غير خلاف في المذهب ، وكذلك في الإصداق ، والتصديق ، فلا قيام لهم بعد تراخ أيضًا ، وهو قول مطرف في « الواضحة » .

وهذا كله في حوز الجملة .

وأما إن حاز الشريك الوارث ، وكان إنما حاز بعضًا ، ولم يحز البعض، فإن كان ما حازه مثل سهمه فهو له بسهمه فلا شيء له في الباقي، وإن ادعى بقاء حقه فيه ، وإن عمر أقل من سهمه : أتم له بقية سهمه فيما بقى ، وإن عمر أكثر من سهمه فهو له كله قدر سهمه بسهمه وما زاد فبسهمه ، وهذا كله قول مطرف في « الواضحة » وهو المذهب .

فإن حاز كل واحد من الورثة شيئًا يعمله لنفسه؛مثل الأخوة يرثون الأرض عن أبيهم،أخذ كل واحد طائفة يحرث،ويعمر حتى يموت بعضهم فكان ولده كذلك فيما ترك وقد اقتسموا ورثته ولم يقتسموا ،ثم طلب ورثة الجد القسم،فإن طال الزمان فيما يندرس فيه علم المقاسمه، فذلك باق

على حاله ، ولا يقبل قول من طلب إعادة القسم مرة ثانية ، إلا أن تكون عند من طلب القسمة منهم بينة أو سماع أن ذلك منهم على التجاوز والتسامح دون المقاسمة ، فليأتنف فمن وقع حقه فيما بنى أو غرس: فهو له

وما وقع بناؤه في حق غيره : فليحلف ما بنى إلا بمقاسمة، ثم يخير صاحبه بين أن يعطيه قيمة البناء قائمًا ، وبين أن يعطيه الثاني قيمة أرضه ، وإن أبيا : كانا شريكين إلا أن تقوم بينة قاطعة أنه حازه بغير مقاسمة ، أو ينكل عن اليمين ،و يحلف الآخر : فإن صاحب الأرض يعطيه قيمة بنائه منقوضًا ، أو يأمره بقلعه ، فإن لم تكن له بينة قاطعة ، أو نكلا ، أو أعطاه قيمته قائمًا على ما ذكرنا ،وهذا كله قول أشهب في «المجموعة » .

وأما الأجانب : فلا يخلو المحاز عليه من أن يكون حاضرًا ،أو غائبًا.

فإن كان حاضرًا : فإن الحائز يستحق المحاز بحيازة عشر سنين ،وإن لم يبن ولم يغرس إذا تصرف فيها بعين حاضرة من غير نكر فيه ، فإن عرف أصله للمحاز عليه .

واختلف هل يكلف الحائز إثبات ما تملكه أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه لابد أن يكلف ذلك إن كان بشرًا ، أو هبة ، أو صدقة ، أو أمر يدعى فيه انقراض البينة واندراسها ، وإلى هذا صار أكثر المتأخرين .

والثاني : أنه لا يكلف إثبات ذلك إذا ادعى أمرًا لا يريد إظهاره ، أو لم يدع شيئًا إلا مجرد الحيازة ، وهو قول مطرف في « كتاب ابن حبيب » ، وهو ظاهر « المدونة » في الذي قامت الدار بيده سنين ذوات عدد يحوذها ويمنعها ،ويكرى ويهدم ويبني ، ثم أقام رجل البينة أن الدار داره ،وأنها لأبيه حيث قال : فإن كان هذا المدعي حاضرًا يرى يبني ،ويهدم ، ويكري: فلا حجة له ،وذلك يقطع دعواه ، ولم يقطع إليه يسأل من أين صارت

إليه، والتسع سنين والثمانية ، وما قاربها بمنزلة العشرة ، وهذا كله قول ابن القاسم في « العتبية » وغيرها .

فإن بنى أو غرس ، فهل يكون ذلك حوز من حينه ووقته أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن البناء، والغرس ، والهدم حوز من حينه ووقته ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون .

والثاني : أنه يكون حوزًا بعد عشر سنين فما دونها [ق/ ١٣٢/ ٢أ] وهو قول ابن القاسم .

فإذا كان المحاز عليه غائبًا : فلا تخلو غيبته من أن تكن قريبة أو بعيدة.

فإن كانت غيبته قريبة مثل اليومين واليوم ، فإن لم يعلم بحيازة الأجنبي: فهو على حقه إذا قام ـ طال الزمان أو قرب ـ وإن علم ، ولا مقال له في هذا الوجه .

فإن كانت الغيبة بعيدة : فلا تخلو من أن تكون غيبة بعيدة بعيدة ، أو بعيدة ليست ببعيدة .

فإن كانت بعيدة بعيدة كالأندلس من مصر ، وشبه ذلك : فإن حيازة الحائز تقطع الملك المحوز عليه ـ علم بذلك أو لم يعلم ، طال الزمان أو قصر ـ ولا خلاف ـ أعلمه ـ في هذا الوجه إلا أنه يستحب له إذا علم أن يشهد بأنه على حقه ،وإن لم يشهد لم يضره ذلك ، ورواه مطرف عن مالك .

فإن كانت غيبة ليست ببعيدة جدًا : فلا خلاف في المذهب أنه على

حقه إذا لم يعلم بالحوز ، واختلف فيه إذا علم هل يقطع حجته أم لا على قولين :

أحدهما : أنه مهما علم ولم يخرج ولم يوكل فهو كالحاضر فلا حق له بعد ذلك ،وهي رواية عن ابن القاسم في « العتبية » .

والثاني : أن علمه لا يقطع حجته ، ولا تعمل عليه الحيازة إذا كان له عذر مثل أن يكون في جواز عدو أو من وراء الحيازة إذا كان له عذر مثل أن يكون في جوار عدو أو من وراء بحر ، أو ضعيفًا،أو امرأة محجوبة، وهي رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم ،وابن وهب ،وابن نافع في «العتبية»، و« الواضحة » ، قيل لابن القاسم : فإن لم يكن به ضعف ولا عذر ؟ فقال : كم يتبين عذره ، ولا يكون معذورًا .

واختلف في حد الغيبة التي يعذر بها ، وإن علم على ثلاثة أقوال :

أحدها : مسيرة ثمانية أيام ، أو تسعة ، وهو قول مطرف ، وبه قال أصبغ في « كتاب ابن حبيب » .

والثاني : أن حدها مثل مسيرة ثلاثة أيام ، أو أربعة ، وأنه معذور بذلك العذر ، وإليه رجع ابن القاسم على ما حكاه أبو محمد بن أبي زيد في «النوادر » .

وأما حوزهم في غير المأمون كالحيوان ، والثياب ، وسائر العروض : أما حوزهم بالاستخدام ،والامتهان على عين حاضرة : فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما :أنها كالرياع جملة بلا تفصيل،وهو مذهبه في المدونة ،وهو قول مطرف في « كتاب ابن حبيب » أن الحيازة في ذلك عشرة سنين ،وما قاربها له حكم العشرة .

أحدهما : أنها كالرياع جملة بلا تفصيل ، وهو مذهبه في المدونة، وهو قول مطرف في « كتاب ابن حبيب » أن الحيازة في ذلك عشر سنين ، وما قاربها له حكم العشرة .

والثاني : أن حيازة الثوب السنة إذا لبس وامتهن بعلم صاحبه ، وإليه والسنتان ، والثلاثة في الدواب ، والإماء إذا كانت الدواب تركب وتكرى ، وبه قال أصبغ في « كتاب ابن حبيب» ، ويقول أصبغ : قال ابن أبي زمنين، وهو أقرب للمذهب .

واختلف في الورثة ،والأشراك هل حكمهما في ذلك حكم الأجانب أم لا ، على قولين :

أحدهما : أن حكمهم في ذلك واحد ، وإنهم يستحقونها بحيازة عشر سنين ، وهو قول عيسي بن دينار .

والثاني : أن الورثة والأشراك لا يستحقونها إلا بزيادة على عشر سنين باجتهاد الحاكم ، وهو قول مطرف وأصبغ .

فإن تداعوا فيه قبل عشر سنين : حلف المحاز عليه مع بقاء ذلك عند الحائز ، فيبقى على حقه .

فإن فوت الحائز هذه الأشياء ببيع ، أو هبة ، أو بصدقة ، أو صداق ، أو عتق ، أو إيلاد قبل انقضاء أمد الحيازة : فلا يخلو من أن يبادروا بالإنكار عليه من حين علمهم ، فإن تراخوا عنه ، فإن تبادروا بالإنكار في الحال من غير تراخ : فلهم رد البيع ، والعتق ، والصدقة ، والإصداق فإن لم يبادروه بالإنكار إلا أنهم قاموا بالقرب : فلهم الثمن في البيع والقيمة في العتق والإيلاد بعد أن يحلفوا أنهم ما سوغوه ذلك ولا تركوه إلا ليأخذوا الثمن أو القيمة .

والهبة والصدقة والإصداق مردودة أيضًا بعد أيمانهم أنهم ما تراضوا عن القيام بنفس العلم إلا للتدبير والتبري في إقامة الحجة ، وهذا تفسير ما وقع لمطرف في « الواضحة » .

فإن توانى عن الإنكار مدة طويلة يفهم منها إسقاط الحجة ، وتسلم الشيء لحائزه وتسويغ فعله : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أن ذلك يدل على أن الملك للحائز ،وأن المحاز عليه قد انصرم ملكه من الشيء المحوز ، وأما الأصول فلا يستحقها بحيازة الغلة ، ويصدقون أنهم وكلوه على الغلة مع أيمانهم أو أنهم ساغوا له بالغلة خاصة دون الأصل [والحمد لله وحده][1] .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .



كتـاب المديان

كتاب المديان

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها خمس مسائل :

المسألة الأولى

في حبس المديان واختبار أحواله

وأصل تسميته مديانًا : كثرة ما عليه من الديون .

والدين من المذلة ، يقال : دان الله ، إذا أطاعه ، ومنه الحديث : «**الكيس من دان نفسه**» [(١)] أي : أذلها .

والدين مذلة على من هو عليه ، وقد استعاذ منه ﷺ ، وقال أيضًا : «**إياكم والدين ، فإنه هم بالليل ومذلة بالنهار**» ، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « إياكم والدين ، فإن أوله هم ،وآخره حرب » [(٢)] : بفتح الراء ، أي : سلب ، يريد والله أعلم أنه بالتفليس يسلب حتى لا يبقى عنده مال ، وقد رويت عن النبي ﷺ آثار كثيرة في التشديد في المديان [منها ما] [(٣)] رواه ابن أبي قتادة عن أبيه أنه قال : جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أرأيت إن قتلت في سبيل الله صابرًا محتسبًا مقبلاً غير مدبر أيكفر الله به خطاياي ؟ فقال النبي ﷺ نعم : فلما أدبر الرجل ناداه أو أمر به فنودى له فقال : « **كيف قلت ؟** » ، فأعاد عليه قوله، فقال : « **نعم إلا الدين فإنه كذلك قال لي جبريل** » [(٤)].

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٤٥٩) ،وابن ماجة (٤٢٦٠) ، وأحمد (١٧١٦٤) ، والحاكم (١٩١) ، وضعفه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٢) أخرجه مالك(١٤٦٠) ،والبيهقي في الكبرى (١١٠٤٦) .

(٣) سقط من أ .

(٤) أخرجه مالك (٩٨٦) ،والنسائي (٣١٥٥) ، وأحمد (٢٢٦٧٩) ، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله .

ومنها : ما روى أن النبي ﷺ كان جالسًا مع أصحابه في موضع الجنائز إذا رفع رأسه ثم نكسه ثم وضع راحته على جبهته ثم قال : « **سبحان الله ماذا أنزل الله من التشديد** »[(١)].

وقال ﷺ : « **صاحب الدين مأسور يوم القيامة بالدين** » [(٢)] وقال : «**نفس المؤمن [معلقة]** [(٣)] **بدينه** » [(٤)] أو قال : « **من كان عليه دين حتى يقضي [دينه]** [(٥)] » .

والأحاديث في ذلك أكثر من أن تحصى ، فقيل : إن في ذلك كله ما كان من النبي ﷺ قبل أن تفتح عليه الفتوحات ،وقبل فريضة الزكاة على المسلمين ، فلما فرضت الزكاة قال النبي ﷺ : « **من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك دينًا فعلي** » [(٦)] ، وقيل : إن هذه الآثار إنما وردت فيمن تداين في سرف أو فساد غير مباح ،أو من تداين وهو يعلم أن ذمته لا تفي بما تداين به ؛ لأنه مهما فعل ، فقد قصد إلى استهلاك أموال المسلمين ، وهذا هو الصحيح ، فإذا ثبت ذلك فالغرماء على ثلاثة أقسام :

غريم غني ، وغريم معسر غير معدم ، وغريم معسر معدم .

فأما الغريم الغني : فتعجيل الأداء عليه واجب ،ومطله بالحق حرام غير جائز ؛ لقول النبي ﷺ : « **مطل الغني ظلم** » [(٧)] .

---

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في « الآحاد والمثاني » (٩٢٨) .
(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٨٩٣) ، وضعفه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .
(٣) في الأصل : متعلقة ، والمثبت من أصول الحديث .
(٤) أخرجه الترمذي (١٠٧٨) ، وابن ماجة (٢٤١٣) ،وأحمد (١٠٦٠٧) ، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .
(٥)سقط من أ.
(٦) تقدم .
(٧) أخرجه البخاري (٢١٦٦) ، ومسلم (١٥٦٤) .

وأما المعسر الذي ليس بمعدم ،وهو يفرحه تعجيل القضاء ويطربه : فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه مرغب فيه ومندوب إليه ، وفيه قال النبي ﷺ : « **من أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله** »[١].

وأما المعسر المعدم : فتأخيره إلى أن يوسر واجب ، والحكم بذلك لازم، فهو في نظرة الله تعالى إلى أن يوسر ، ولا يحبس ، ولا يؤاجر ، ولا يستخدم ، ولا يستعمل ؛ لأن الدين إنما تعلق بذمته ، فلا يصح أن يؤاجر فيه ، خلافًا لأحمد بن حنبل الذي يقول : إن المعسر يؤاجر في الدين .

والدليل على ما عليه الجمهور :قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[٢]: معناه إن حضر ذو عسرة ، أو وقع ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، فالآية عامة في كل من أعسر بدين كائنًا ذلك الدين ما كان ، ربًا كان أو غيره ، فإذا ثبت ذلك ، فالغريم مجهول على الملأ حتى يتبين عدمه كان قد أخذ في الدين الذي يطلب به عوضًا أم لا ؛ لأنه إن كان أخذ به عوضًا فهو مال قد حصل إليه فلا تقبل منه دعوى العدم حتى يبينه ، وإن كان لم يأخذ به عوضًا : فالمعلوم من حال الناس الحرص على الطلب ، الجد في الكسب ، فهو محمول على ما يعلم من حال الناس ، وما جبلهم الله عليه ، هذا قول الشيخ أبي إسحاق التونسي وغيره من المحققين.

فإذا لم يتبين عدمه ولم يظهر فقره : فعلى الحاكم بذل وسعه في استبراء حاله ، فإن أدَّى اجتهاده إلى حبسه : فليحبسه فإن ذلك جائز له باتفاق الأمصار ، والدليل على إجازة حبسه قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ

---

(١) أخرجه مسلم (٣٠٠٦) .

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٠) .

مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لاَّ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلاَّ مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِماً﴾ (١)، أي : ملازمًا ، فإذا جاز ملازمته ومنعه من التصرف جاز حسبه فإذا اقتضى نظر الحاكم حبسه فحبسه : على ثلاثة أوجه :

أحدها : حبس تلوم ، واختبار فيمن جهل حاله .

والثاني : حبس من ألد واتهم بأنه خبأ مالاً وغيبه .

والثالث : حبس من أخذ أموال الناس ، وتعدى عليها ، وادعى العدم، فلم يبين عدمه ؛ إذ لم يعلم أنه جرى عليه بسببٍ أذهب ما حصل عنده من أموال الناس .

فالجواب عن الجواب الأول : وهو حبس التلوم والاختبار في المجهول الحال : فإنه يحبس قدر ما يستبرأ ، ويكشف عن حاله ، وذلك يختلف باختلاف الدين ؛ فما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون : فيحبس في الدريهمات اليسيرة : قدر نصف شهر ، وفي الوسط : شهران ، وفي الكثير من المال : أربعة أشهر ، ووجه ذلك : أنه يحبس على وجه اختيار حاله، فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يسجن لأجله .

فإن طلب المحبوس التلوم ، والاختبار [ق/١٣٣/ ٢أ] أن يعطي حميلاً حتى يتبين حاله ، ويكشف عن أمره ، ولا يحبس ؛ فقد قال مالك في «المدونة » في هذا الوجه : لا يحبس ، ويؤخذ عليه حميل ، وفي بعض رويات « المدونة » : يأخذ عليه وكيل ، وحكى أبو عمران أنه رواها، والصواب رواية من رواها « حميلاً » ؛ إذ لا فائدة للوكيل في هذه الصورة.

ولم يبين إن كان الحميل بالوجه أتى بالمال ، والصواب هنا أن يكون

---

(١) سورة آل عمران الآية (٧٥) .

بالوجه ، وقد نص عليه أبو عمران ، وأبو إسحاق التونسي رضي الله عنهما ، وغيرهما من شيوخنا القرويين والأندلسيين ، ولا يقتضي النظر سواه ؛ لأن هذا لم يثبت أنه ملي ، ولا أنه غيب مالاً ، فعاقب بالسجن والأدب ، ولا قويت عليه التهمة بذلك ، فيستبرئ أمره بسجنه ، والتضييق عليه لعله يخرج منه ، فيخرج ما عنده من المال ، وإنما كان ذلك يسجن هذا توقيفًا له ليكشف حقيقة حاله ، ويستخبر باطنه ، فإذا أعطى حميلاً بالوجه إلى مدة الاختبار التي شرع سجنه لذلك ، فإن ظهر للحاكم وجه للشدة أمر الحميل بإحضاره وبرئ من الضمان ، ويحبس حتى يؤدي المال إن تبين أن له مالاً .

وإن لم يتبين له مال : أطلق بعد اليمين ،وإن لم يحضره غرم المال - وإن تبين أنه عديم - من أجل اليمين اللازمة له .

والجواب عن الوجه الثاني : وهو حبس ما ألد واتهم بأنه خبَّأ مالاً وغَيَّبَه، فإنه يحبس حتى يؤدي ، أو يثبت عدمه فيحلف ، ويسرح .

فإن سأل أن يعطي حميلاً إلى أن يثبت عدمه أو ينال النظرة ووعد بالقضاء ، أما إذا سأل أن يعطي حميلاً حتى يثبت أمره ، أو حتى تزكي البينة إن شهدت له بالعدم ، هل يقبل منه الكفيل بالوجه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يقبل منه إلا أن يريد أن يسجن ،وطلب أن يعطي حميلاً غارمًا لا يسقط عنه الغرم إثباته العدم ؛ لأن التضييق بالحبس واجب عليه للتهمة اللاحقة رجاء أن يؤدي ، وهو ظاهر قول سحنون في « كتاب ابنه » .

والثاني : أنه يجوز أن يؤخذ منه الحميل بالوجه ، وهو قول ابن القاسم.

وذهب بعضهم إلى أن ذلك ليس باختلاف ، وأن ابن القاسم إنما تكلم على من لا يعرف بالناس ، وسحنون إنما تكلم على من لا يعرف به، ويتوسم بأن عنده ما يؤدي منه عليه من الحق .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو الذي أخذ أموال الناس ، وتعقد عليها ، وادعى العدم ، فتبين كذبه ؛ إذ لم يعلم أنه اجتيح بحريق أو بسرقة : فإنه يسجن أبدًا حتى يؤدي أموال الناس ، أو يموت في السجن، وروى عن سحنون أنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس.

وقال القاضي ابن رشد: وليس قول سحنون بخلاف لمذهب مالك ؛ فقد قال مالك : وضرب الإمام الخصم على اللدد، وأيّ لدد أبين من هذا، فالقضاء بما روى عن سحنون في مثل هؤلاء الذين يقعدون على أموال الناس ، ويرضون بالسجن ، ويستحقونه ليأكلوا أموال الناس ويستهضموها؛ بل هو الواجب الذي لا تصح مخالفته إن شاء الله تعالى .

وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : تحدث للناس أقضيه بقدر ما أحدثوا من الفجور [١].

وما حكاه ابن الهندي عن سحنون رضي الله عنه أنه قال في ابن أبي الجواد إذا ضربه حتى مات إن صح فلا يدل على رجوعه عن مذهبه ، وإنما يدل على ثبوته عليه ، واستنصاره فيه مع ورعه وفضله ؛ لأنه قال : لم أقتله أنا ، وإنما قتله الحق، وأشفق ـ مع ذلك ـ إشفاق المؤمن الحذر الخائف لربه ؛ مخافة أن يكون جاوز في اجتهاده ، اقتداءًا بعمر بن الخطاب رضي الله عنه في قوله :

---

(١) تقدم الكلام على هذا الأثر .

لو مات جمل بشاطئ الفرات ضياعًا لخشيت أن يسألني الله عنه .

فإذا حبس في دين ، فإنه لا تدخل عليه امرأته ؛ لأنه إنما يراد التضييق عليه ، وقول سحنون ،وقال محمد بن الحكم : ولا يخرج للجمعة ولا للعيدين ، واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه ، وخيف عليه الموت أن يخرج ، ومن يقرب من قرابته فيسلم عليهم ، ويؤخذ منهم كفيل بوجهه ، ولا يفعل ذلك في غيرهم من القرابة ، ولا يخرج لحجة الإسلام ، ولو أحرم بحجة أو عمره ، أو نذر فقيم عليه بالدين ، فإنه يحبس ويبقى على إحرامه ، ولا يحله منه إلا الطواف بالبيت [وإن] [١] طال الزمان ، وهو نص قول مالك في « كتاب الحج الثاني » من « المدونة » في قوم اتهموا بالدم ، فأخذوا وهم محرمون بالحج : إنهم يحبسون ،ولا يحلهم من إحرامهم إلا الطواف بالبيت .

وقال ابن عبد الحكم : ولو ثبت الدين عليه يوم نزوله بمكة أو منى ، أو عرفة استحسنت أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ، ثم يحبس بعد النفر الأول ، وهذا كله منصوص لابن عبد الحكم في « كتاب ابن سحنون» .

وكل من وجب عليه حق من الحقوق لقريب أو لأجنبي ، فإنه يحبس فيه إذا طلب ذلك صاحب الحق ، إلا الوالدين ، فإنهما لا يحبسان فيما ترتب لولد في ذمتيهما من الدين ، ولا يحلفهما؛ لأن ذلك من باب العقول ؛ لأنه حق لا يتوصل الولد إليه إلا بعد ارتكاب محظور .

فإن شح الابن في استحلاف أبيه استحلف له ، وكانت جرحه على الابن ، وهو قول ابن القاسم في« الواضحة » و« الموازية » ونصه في «المدونة » : « إن استحلفه وهي جرحه » ، ولم ينص على أنه يستحلف له

(١) سقط من أ .

إن طلب ذلك ، فأمعن النظر في هذا المعنى كيف يجوز للحاكم مساعدة الولد على تحليف الأب وسجنه ، وهو من الكبائر ، وكيف يحمله على ارتكاب محظور متفق على حظره .

فإن قلنا : إن الولد طلب أمرًا أباحته الشريعة على الجملة ، فنقول أيضًا في ضمن امتثاله أمر قد حصرته الشريعة على الجملة ، والأصول على أن كل طاعة لا يتوصل إلى فعلها إلا بارتكاب محظورة في نفسها .

أصل ذلك الحج على مشهور المذهب ، فإن الولد إذا تعينت عليه فريضة الحج ، فمنعه أبوه من السفر لأدائها أنه لا يخرج ، ولا يكون عاصيًا بترك المبادرة إلى أدائها ؛ بل هو عاص بالخروج ،مطيع بالتخلف عن الخروج ، ولو مات قبل أن يحج على الصورة المفروضة لكان غير مأثوم ، وهذا كما تراه ، ولاسيما على مذهب البغداديين من أصحابنا القائلين بأن فريضة الحج على الفور .

وقال بعض المتأخرين غاية المقدور في ذلك أن يقال للولد قد طلبت حقًا واجبًا في مقتضى الشرع ، فأنت عاص في استيفائه.

فانظر لنفسك ما هو أرشد لها .

وأما إذا امتنع الأب [من] (١) الإنفاق على ولده الصغير : فإنه يحبس في ذلك ، وهو قول محمد بن عبد الحكم في « كتاب ابن سحنون » : والفرق بين النفقة ، وما له عليه من الدين أن ترك الإنفاق على ولده الصغير من الإضرار به ، فالسلطان يأخذه بذلك ، ويلزمه إياه .

ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دين إذا كان لهم في يده مال، وكذلك الأب يحبس في الدين الذي على الولد إذا كان له بيده

---

(١) في أ : على .

مال،و[ما](١) رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم معناه أنه قبض له مالاً، ولم يعلم له نفاذه ، ولا يقبل قوله أنه يدعي خلاف الظاهر من حاله .

ولا يمتنع المحبوس أن يسلم على أحد معه، أو يسلم عليه ،ولا يخرج، وإن اشتد به المرض إلا أن يغلب على عقله ، فيخرج بحميل ، فإن احتاج إلى أمة تباشر منه ما لا يباشر غيرها ، وتطلع على عورته ، فلا بأس بذلك.

فإذا حبس الزوجان في دين عليهما ، فطلب الغريم أن يفرق بينهما في الحبس ، وطلب الزوجان أن يجتمعا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك للزوجين إن كان السجن خاليًا فليجتمعا ، وإن كان فيه غيرهما : حبس الرجل مع الرجال ، والمرأة مع النساء ، وهو قول ابن عبد الحكم .

والثاني : أنه يفرق بينهما ، ولا يمكن أن يكون معه امرأته وتبيت عنده؛ لأنه إنما سجن ليضيق عليه،وهو قول سحنون في« كتاب ابنه »،[والحمد لله وحده] (٢).

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثانية
في طرآن الغريم

والكلام في هذه المسألة على ثلاثة أسئلة :

الأول : طروء الغريم على الغرماء .

والثاني : طروء الغرماء على الورثة بعد قسمة التركة .

والثالث : طروء الغريم على الغرماء وعلى الورثة .

فالجواب عن السؤال الأول : وهو طروء الغريم على الغرماء ؛ مثل أن يموت رجل وعليه من الدين ما يفترق ماله ، فقام عليه غرماؤه وأخذوا ماله،وقسموه على قدر ديونهم ، ثم طرأ غريم ، فلا يخلو الورثة من أن يعلموا بنفقة الغرماء ، أو لم يعلموا .

فإن علموا بنفقة الغرماء ، وكان الميت موصوفًا بالدين : فإن الغريم الضاري يرجع إما على الورثة ، وإما على الغرماء .

وقد اختلف على من يرجع في الابتداء على قولين منصوصين في الكتاب :

أحدهما : أن الغريم القادم يرجع أولاً على الورثة بقدر ما هو به في الحصاص أن لو حضرتم ثم يرجع الورثة ، أو الوصي على الغرماء الذين اقتضوا أولاً لذلك القدر .

والثاني : أن الضاري يرجع على الغرماء أولاً ، فإن وجدهم أمينًا أخذ منهم ما ينوبه في المحاصة أن لو حضر معهم ، ثم لا رجوع لهم على الورثة بشيء .

وإن وجدهم عدمًا : فإنه يرجع على الورثة بذلك القدر ، ثم يرجع الورثة على الغرماء الأولين بما ادعوا من ذلك إلى القادم .

والقولان لابن القاسم في «الكتاب» .

وسبب الخلاف : اختلافهم في المسبب والمباشر أيهما أولى بالمؤاخذة، ولاسيما في مسألتنا أن المسبب [ق/ ١٣٤/ ٢أ] قد تعدى في الدفع والتمكين بعلمه بأن المال الذي مكن فيه الغرماء تعين فيه الحق لغيرهم إما بمحض العلم كعلمه ببقية الدين ، وإما بغلبة ظن لكون الميت موصوفًا بالدين ، وعلى القول بأن عهدة الطارئ على الغرماء إما بطريق الإيصاء لكون الوارث الوصي غير عالم ببقية الدين ، وإما على القول بأنه العهدة أولاً على الغرماء .

وإن علم للوارث فلا تخلو التركة من أن تكون مما يرجع إلى المثل ، أو ما يرجع إلى القيمة .

فإن كان التركة مما يرجع إلى المثل ؛ كالمكيل والموزون : فإنه يرجع على واحد منهم بما ينوبه في المحاصة أن لو حضر القسمة أولاً ، ولا يأخذ الملي بالمعدم ، وسواء كان عين ما أخذوه قائمًا أو فائتًا ؛ لأنه إن كان قائمًا أخذه، وإن كان فائتًا أخذ مثله ؛ لأن المثل في المكيل والموزون يقوم مقام العين ، ولا تنتقض القسمة بينهما في ذلك ، ولا خلاف ـ أعلمه ـ في هذا الوجه .

فإن كانت التركة مما يرجع إلى القيمة ؛ كالعروض والحيوان فلا يخلو ما أخذوه من أن يكون قائمًا بأيديهم ، أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : فالطارئ مخير بين أن ينقض القسمة بينهم حتى يأخذ حقه من الوسط ؛ لما يدخل عليه من الضرر في تبعيض حقه ، أو يبقيها

على ما كانت عليه ، ويأخذ من كل واحد منهم ما ينوبه مما قبض .

فإن كان فائتًا : فلا يخلو فواته من أن يكون بسبب قابضه ، أو بسبب سماوي .

فإن كان بسببه : فإنه ضامن النصيب الطارئ من غير اعتبار بكمية الأخلاف من البيع ،والهبة والصدقة ،والعتق ،والإيلاد ، وغير ذلك من أنواعه .

فإن كان بسبب سماوي فلا يخلو ذلك من أن يكون مما يغاب عنه،أو مما لا يغب عنه .

فإن كان مما يغاب عنه ، فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن كل واحد منهم ضامن للطارئ مما ينوبه مما قبض ، وإن قامت له البينة على تلفه ، ولا فرق في ذلك بين العين وغيره .

والثاني : أنه لا ضمان عليه في العين ، ولا غيره إذا قامت البينة على تلفه ، وإن لم تقم البينة كان ضامنًا .

والثالث : الفرق بين العين وغيره ؛ فيضمن بالعين ، وإن قامت البينة على التلف ، ولا يضمن غير العين إذا تلف ببينة ،وهو قول أصبغ في «العتبية » .

فإن كانت التركة مما لا يغاب عليه ،هل يصدق في دعوى التلف بغير سببه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا ضمان عليه ويحلف .

والثاني : أنه ضامن على كل حال .

وسبب الخلاف : اختلافهم في ديون الغرماء هل هي متعينة في عين

التركة؟ أو في ذمة الميت ؛ فمن رأى أنها متعينة في عين التركة : قال بأنهم ضامنون من غير اعتبار بصورة التلف كان ببينة أو بغير بينة ، كان ذلك الشيء مما لا يغاب عليه أم لا ؛ لأن ذلك ضمان أصل بمنزلة من استهلك مال غيره يظن أنه ماله ثم تبين له أنه مال غيره ، فإنه يضمنه .

ومن رأى أنها متعينة في ذمة الميت : فيفصل بين قيام البينة على التلف، وعدم قيامها ، وبين ما يغاب عنه ،وما لا يغاب عنه ؛ لأنه ضمان تتمة ،لا ضمان أصل .

ومن فرق بين العين وغيره ، فليس لتفرقه وجه ، اللهم إلا أن يلاحظ من فرق بين العين وغيره فيما إذا تلف المال قبل أن يقسم على الغرماء ، وسيأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى .

وهكذا الحكم في طروء الوارث على الورثة في جميع فصول المسألة ووجوهها .

وأما إن كان الورثة غير عالمين بدين بقية الغرماء ، ولا كان الميت موصوفًا بالدين : فلا رجوع للغرماء الطارئين عليهم بوجه ولا على حال ، سواء وجدوا الغرماء الماضين أملياء أم غرماء ؛ لأنهم ما أخذوا لأنفسهم شيئًا ، ولا تسببوا في تلف مال أحد ، وإنما فعلوا ما وجب عليهم من تسليم التركة للغرماء خاصة .

والجواب عن السؤال الثاني : في طروء الغرماء على الورثة بعد قسمة التركة ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون الورثة عالمين بدين الغرماء ، أو كان الميت موصوفًا بالدين .

والثاني : أن يكونوا غير عالمين ، ولا كان الميت موصوفًا بالدين ، فإن

علموا بالدين ، أو كان الميت موصوفًا بالدين : فلا يخلو الورثة من أن يقسموا جميع التركة ، أو عزلوا منها مقدار الدين ، ثم قسموا ما بقى .

وإن قسموا جميع التركة : فلا تخلو التركة من أن تكون قائمة ،أو فائتة.

فإن كانت قائمة إما بأيدي الورثة ، وإما في أيدي غيرهم مثل أن يبيعوها ، أو يهبوها ، أو يتصدقوا بها ، فهل تنتقض القسمة أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن القسمة تنتقض ، وهي رواية أشهب عن مالك ، وإن رضى الورثة بدفع الدين من أموالهم ، وينتقد ما عقدوا فيها من العفو وتسترجع السلع من يد من قبضها ـ مشتريًا كان أو موهوبًا له ؛ لأن الميراث لا يصح إلا بعد قضاء الدين ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (١)، فصار بيعًا منهيًا عنه لحق الله تعالى ، فأشبه بيع يوم الجمعة أو الثنية ، أو بيع التفرقة ، وما أشبه هذا ، فيجب فسخه لمكان النهي عنه ، وإن كان لا غرر في ثمنه ، ولا مثمونة .

والقول الثاني : أن القسمة لا تنتقض ، فإن كان الورثة أملياء ، أو كان الثمن الذي باعوا به قائمًا بأيديهم ، ويدفع للغرماء ،ويمضي البيع ؛ لأن الغرماء لا حق لهم في أعيان السلع ، وإنما حقهم في دين يأخذونه ، فمتى أخذوه لم يكن لهم في السلع كلام .

فإن لم يكن للورثة مال ، ولا وجد معهم الثمن الذي باعوا به : كان للغرماء أخذ السلع من أيدي المشترين ، إلا أن يشاء المشترون أن يدفعوا قيمة ما نمى في أيديهم لو نقص قيمته يوم قبضوه ، فذلك لهم .

---

(١) سورة النساء الآية (١١) .

وإن كان قائمًا ويرجع المشتري على الورثة بالثمن ، وهو قول مالك في« الموازية » ، وهو تفسير لما في« المدونة » ؛ لأنه لم يبين في « الكتاب » هذا البيان .

وسبب الخلاف : النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم لا ؟ وقد اتفق المسلمون قاطبة أن الدين قبل الميراث .

فإن كان التركة قد فاتت : فلا يخلو فواتها من أن يكون فواتًا حسيًا ، أو فواتًا معنويًا .

فإن كان فواتا حسيًا : فالورثة ضامنون لقيمة ما قبضوه من التركة يوم قبضوه ، سواء فات بتلف أو بإتلاف ؛ لأنهم بوضع اليد ضامنون لعلمهم بتعيين حق الغير فيما أخذوه ولا إشكال في هذا الوجه .

فإن كان فواته فوات معنى ؛ مثل أن يعتقوا ، أو يدبروا ، أو أكروا ، أو فعل ذلك من صارت إليه تلك الأعيان بشراء أو بهبة أو بصدقة من الورثة ، فلو كان الورثة أملياء : أخذ منهم الثمن أو القيمة ،على ما قدمناه، وسواء كان الفوات من فعلهم أو من فعل غيرهم .

فإن كانوا غرماء : أخذت منهم تلك الأعيان ، ويبعث للغرماء فيما وجب لهم ،ولا تأثير بفعلهم إن هم فعلوا ذلك ، غير أنه يدرأ عنهم الحد في وطء الجواري للشبهة ؛لأجل أن حق الغرماء لم يتعين في عين التركة ، وبدليل أن لو ظهر للميت مال آخر لكان للورثة أن يردوا منه الدين ، ويمضي فعلهم فيما فعلوا ؛ لأنهم يؤدبون لاقتحامهم في التحكم في مال ليس لهم فيه حق في ظاهر الأمر .

فإن فعله غيرهم ممن صار إليه بشراء أو صدقة ، أو هبة ، فإن كان الفاعل موسراً : أخذت منه قيمة ذلك يوم قبضه ، ومضى فعله ، ويرجع بذلك على الورثة .

وإن كان عديمًا : فلا يخلو من أن يكون عالمًا بفعل الورثة ، أو لم يعلم .

فإن كان عالمًا بتعدي الورثة على التصرف بالبيع وغيره : فحكمه حكم الورثة ، وقد بيناه .

وإن كان غير عالم بتعديهم هل للغرماء رد ذلك ، ويبطل العتق ، والإيلاد أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن للغرماء رد العبد ، ويبطل العتق والإيلاد ، وهو قول مالك في « كتاب الغصب » في الذي اشترى أمة من غاصب ،ولم يعلم بأنه غاصب ، فأعتقها ثم استحقها ربها ؛ حيث قال : له أخذها ،ويبطل عتقه ؛ فقد تساوى في التعدي ، وتسليط الشرع إياهما على تلك الأعيان ، إلا أن أحدهما يسلطه على ملك عين الشيء المستحق لكونه من ملكه غصب ، ومن حوزه استخرج ، والغصب عندنا لا يقطع الملك ، فصار ملك المالك مستدامًا ، والآخر سلطه على استيفاء حقه من تلك الأعيان وحقه فيها متعين لعدم القدرة على غيرها في الحال ، فأشبه الغاصب من هذا الوجه .

والثاني : أنه لا رد لهم ، والعتق والإيلاد نافذ ؛ لأنهم غير متعدين فيما فعلوه ؛ لأنهم تصرفوا بوجه شبهة والغرماء لم يستحقوا الأعيان بكل حال ، ولا لهم البيع دون النظر ممن يجب له النظر في ذلك وأمثاله ، وإلى هذا أشار بعض المتأخرين ، وهو ظاهر « المدونة » من غير ما موضع والأول أصح .

وأما الوجه الثاني : إذا عزلوا من التركة مقدار الدين ، ثم اقتسموا ما

بقى ، ثـم قدم الغريم وقد تـلف المال في الإيـقاف بسبب سـماوي ، هل يكون ضمانه من الورثة ، أو من الغرماء ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن ضمانه من الغرماء إذا كان المال الموقوف مثل ديونهم قدراً وصفـة ، وهو قول مطـرف ، وابن الماجـشون في «كـتاب ابن حبـيب» [ق/ ١٣٥/ ٢أ] وهذا هو المشهور .

والثـاني : أن ضمانه من الورثة حتى يقـبضه الغرماء ، وهو قول مالك في « كتاب المديان » .

وسبـب الخلاف : اختلافهم في المال إذا تلف بعد أن وقف ليقسم على الغرماء ،هل يكون ضمانه من الغرماء ، أو من الغريم ؟

وإيقاف الورثة المـال بالإشهاد كوقف الحاكم إياه ؛ لأن الجمـاعة العادلة تقوم مقام السلطان إذا كانوا بموضع لا سلطان فيه .

وأما الوجه الثاني من السؤال الثاني : إذا كان الورثة غير عالمين بالدين ، وكان الميت موصـوفًا بالدين : فلا تخلـو التركة من أن تكون قائـمة بأيدي الورثة ، أو فائتة .

فإن كانت التركة بأيدي الورثة قائمة أو بعضها ؛ مثل أن يفوت ما أخذ بعضهم ، وبقى ما أخذ البعض ، هل تنتقض القسمة بطرءان الغرماء عليهم أم لا ؟

فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أن القسمة تنتقض بين جميعهم حتى يخرجوا الدين من جملة المال ثم يقتسموا ما بقى ، وهي روايـة أشهب عن مالك في « كتاب محمد » وغيره ، وظاهره أن القسمة تنتقض ، فإن رضى الورثة بإخراج الدين من

أموالهم ليقروها ؛ لأنها قبض لحق الله تعالى ؛ لأنها قسمة وقعت قبل خروج الدين .

والثاني : أنها لا تنتقض جملة بلا تفصيل ، وهو قول أشهب ، وسحنون .

والثالث : أنها تنتقض بين جميعهم ، إلا أن يشاء الورثة أن يخرجوا الدين ، ويقروا قسمتهم بحالها ، أو يتطوع أحدهم بإخراج جملة الدين من عنده لاغتباطه بحقه ، فيكون ذلك له .

ولا تنتقض القسمة بمنزلة ما لو وهبه صاحبه .

وليس لأحدهم أن يخرج ما ينوبه من الدين ، ويتمسك بحظه الذي صار إليه بالقسمة إلا أن يرضى بذلك جميعهم ، وهو أحد قولي ابن القاسم .

فإن رضوا بإخراج الدين من أموالهم إلا واحد ، فإن كان الدين ثبت بغير شهادة بعض الورثة : كان ذلك للآبى ، ولا يلزم ذلك برضاهم .

فإن كان الدين ثبت بشهادة أحدهم مع يمين الطالب ، وكان الشاهد هو الآبي ألا تنتقض القسمة ،هل يقبل ذلك منه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يقبل منه ، ويلزمه ما دعى إليه أصحابه ، ويقال له : إما أن تخرج منابتك من الدين ، وإلا بعنا عليك ما صار لك بالقسم، وهو نص قول ابن القاسم في المدونة في «كتاب القسمة »«وكتاب الشهادات »، وغيرهما ؛ لأنه يتهم على أنه إنما أراد نقض القسمة ليزداد حظه ؛ إما لغَبْن جرى عليه فيها ، أو لإتلاف حظه ، أو بعضه بأمر من الله، أو ما أشبه ذلك ، وهو اختيار القاضي أبو الوليد .

والثاني : أن قوله في ذلك مقبول ، وأنه لا يلزمه ما دعاه إليه أصحابه، وأن له نقض القسمة ، إلا أن يؤدوا الدين على ألا يتبعوه في نصيبه بشيء، فإن ذلك لهم ، وهو ظاهر قوله في « المدونة » ؛ لأن الشاهد الآبي بين إحدى حالتين ؛ إما أن يتهم على نقض القسمة لغرض له في نقضها ، فذلك يسقط شهادته من أصلها ، وإما ألا يتهم : فلا يلزمه ما فعل أصاحبه إلا أن يؤدوا عنه الدين كما قدمناه .

وعلى القول بأن القسمة تنتقض بينهم إلا أن يشاء الورثة أن يخرجوا الدين من عندهم ، فإذا أبوا من إخراجه ، وانتقضت القسمة ، فإن ما بقى من التركة بعد قضاء الدين يكون بين جميع الورثة ؛ من مات بيده منهم بآفة سماوية أو بعضه ، ومن بقى جميع سهمه ، فإنهم يقتسمون ذلك على فرائضهم ،ويحطونه كأنه جميع التركة ،وهو أحد قولي ابن القاسم في «المدونة » في « كتاب القسمة » .

والقول الرابع من الأقوال : أن القسمة إنما تنتقض بين من بقى حظه بيده، أو شيء منه ، أو استهلكه.

وأما من تلف جميع حظه بأمر من السماء : فلا يرجع عليه بشيء من الدين ، ولا يرجع هو مع سائر الورثة فيما بقى من التركة بعد تأدية الدين؛ فلا له ولا عليه ، وهذا القول لابن القاسم في « كتاب القسمة » أيضًا.

وأما من تلف حظه : فإن الدين جميعه يؤخذ ، فمن بقى سهمه بيده، فإذا أخرج الدين نظر إلى الباقي بعد خروجه ، فيضم إلى قيمة ما أتلف هؤلاء ، فيكون هو جميع التركة ، فيرجع الذي أدى الدين عليهم بقدر ما ينوب كل واحد منهم ، فهذا قوله في « الكتاب » ، فتأمل هذا الكلام، فإن ظاهره يؤذن بالاضطراب أيضًا ، وقوله : كأنه جميع التركة يؤذن بأن

القسمة تنتقض ، ومن بقي سهمه بيده قائمًا رده ، ومن استهلك ما أخذ أخرج قيمته يوم أخذه ،ويضم إلى ما بقي من التركة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى .

وقوله :« يضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلف بقية الورثة ، فكان هو التركة ، فما بقي بيد الغارم كان له ، ويسع جميع الورثة بتمام مورثه من مال اليتيم » يؤذن بأن القسمة لا تنتقض ؛ لأنها لو انتقضت لضم بقية الورثة إلى قيمة المتلف ، ويقسم بينهما على فرائض الله تعالى؛ فهذا لم يمشه على أنها تنتقض ، وعلى أنها لا تنقضض ،وجعلها تنتقض بين ما بقي سهمه بيده من غير اعتبار بنمائه ونقصانه فلم يجعل فوات البعض كفوات الكل .

ولا شك أن نقصان الذات بسبب سماوي كذهابها [كلها] بذلك السبب ؛ لأنه قال في أحد قوليه : من فات سهمه بسبب سماوي : لا له، ولا عليه .

وكذلك كله اختلاف قول ، واضطراب رأي .

والقول الخامس : أن القسمة تنتقض بين جميعهم ؛ مثل قول ابن القاسم الأول إلا أن لمن شاء منهم أن يعد نصيبه بما ينوبه من الدين ، وكان ذلك له ، إلا أن يكون ما بأيدي سائر الورثة ، قد تلف شيء منه بموت أو جائحة ، فليس ذلك إلا أن يشركهم في ضمان ما مات من ذلك أو أجيح، فإنه يحمل منه ما ينوبه ، وهو قول ابن حبيب في « الواضحة » .

وعلى قول سحنون ، وأشهب بأن القسمة لا تنتقض فما كيفية إخراج الدين وتفضيضه ؟.

فقد اختلف فيه على قولين :

فذهب سحنون إلى أنه يفض على قيمة ما بيد كل واحد منهم يوم الحكم .

وذهب أشهب في أحد قوليه إلى أن الدين يفض على الأجزاء التي فيها اقتسموا عليها ـ زادت قيمتها أو نقصت ـ ما دامت قائمة لم تتلف .

ومعنى قول أشهب : يغض الدين على الأجزاء التي اقتسموا عليها يريد بالسهام سهام المسألة ؛ كالنصف والربع والثلث والسدس ، وعلى ذلك يفض الدين ، وهذا مراده ،والله أعلم .

ولا فرق على مذهب أشهب ، وسحنون بين أن يكون الدين قد ثبت بشهادة شاهدين ، أو بشهادة أحد الورثة مع يمين الطالب ؛ إذ لا انتفاع للشاهد بشهادتهما على مذهبهما .

فإذ فات ما بأيدي الورثة من التركة ، فلا يخلو فواتها من ثلاثة أوجه

إما أن يكون بإتلاف ، أو بإحداث ، أو بتلف من السماء .

فإن كان بإتلاف ؛مثل أن يأكلوه ويستنفقوه ،هل يضمنون بذلك أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال ،كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنهم ضامنون لديون الغرماء باستنفاق التركة واستهلاكها ،وهو نص قول ابن القاسم في « كتاب القسمة » من « المدونة » و« الموازية » ، وظاهره : ألاَّ فرق بين الصغار والكبار ، وهو قول أشهب في « الموازية » ؛ حيث قال : إن طرأ دين رجع عليهم أجمع ، وإن لم يكن عند الصغار شيء ؛ لأنه أنفق عليهم أخذ من الكبار ، ويرجع الكبار على الصغار بحصتهم ، وإن لم يوجد أيضًا عند الكبار شيء اتبع الغرماء الصغار والكبار بقدر حصصهم التي ورثوا ، وبه قال أصبغ ، وهو قول المخزومي في«كتاب

النكاح الثاني » من « المدونة » .

والثاني : أنهم لا يضمنون بالاتفاق عند طرءان الغرماء ، وهو قول ابن القاسم في الصغير في « كتاب النكاح الثاني » من « المدونة » في الوصي إذا أنفق التركة على اليتيم ، ثم طرأ غريم ؛ حيث قال : لا ضمان على الوصي ، ولا على اليتيم .

والكبير يقاس على الصغير بعلة إتلاف مال الغير على وجه الشبهة .

وغاية ذلك أن يحمل منها محمل الخطأ ، والعمد والخطأ في أموال المسلمين سواء ، ولا خلاف عندنا في المذهب أن جناية الصغير على الأموال لازمة لماله وذمته .

والقول الثالث : التفصيل بين الصغير والكبير ؛ فالكبير ضامن والصغير غير ضامن ، وهو ظاهر المدونة ؛ حيث نص على الصغير في كتاب النكاح أنه لا يضمن ،وهو نص قوله في « العتبية » ، ونص في «كتاب القسمة » على الضمان جملة ولم يفصل .

وسبب الخلاف : الدين الطارئ على الميت هل هو متعلق بعين التركة أو هو واجب في ذمة الميت .

فأمَّا إتلافها بإحداث ؛ كالبيع ،والهبة ،والصدقة ، والعتق : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنهم يضمنون بذلك ، ويلزمهم أن يؤدوا قيمة ما أتلفوا بغير عوض ، ولا يرجع على الموهوب له بشيء ، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة » ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب القسم في البيع » ؛ حيث قال : وما بيع فعليه ثمنه ، لا قيمته إن لم يحاب .

والثاني : أنهم لا يضمنون بذلك شيئًا فيما لم يؤخذ منه عوضًا ، ولا

لهم في المبيع إلا الأثمان ، ولا رجوع لهم على المشترين في عدم البائع ، إلا أن يكون في المبيع محاباة ، فيكون حكمه حكم الهبة ؛ يريد : فيرجع عليهم صاحب الدين بالمحاباة كما يرجع الموهوب له بعد قيام الهبة دون فواتها ،وهو قول أشهب وسحنون .

فأما ما تلف بسبب سماوي : فلا يخلو ذلك الشيء من أن يكون مما يغاب عنه ، أو مما لا يغاب عنه .

فإن كان مما لا يغاب عنه ، فهل يضمنه الوارث بالتلف أم لا ؟

فالمذهب على قولين [ق/١٣٦/٢ أ] :

فإن كان مما يغاب عنه : فالمذهب في ضمانه بالتلف مع قيام البينة على قولين :

أحدهما : أنهم لا يضمنون ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنهم ضامنون مع قيام البينة على التلف ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع يحيى في « العتبية » .

والثالث : أنهم يضمنون العين دون ما سواه ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : ما تقدم في دين الغرماء ، هل هو متعلق بالذمة أو بعين التركة ؟

والجواب عن السؤال الثالث : في طروء الغريم على الغريم ،وعلى الورثة ؛ مثل أن يقوم الغرماء على ميت ، فأخذوا ديونهم من تركته ، وفضلت فضلة ، ثم طرأ غريم آخر لم يعلم به : فلا يخلو الورثة من أن يبيعوا التركة مبادرة ، أو بعد الاستيفاء .

فإن باعوها مبادرة وقد قسم الورثة الفضلة ، واستهلكوها ، فإن وجد الورثة أملياء : كان له الرجوع عليهم بجميع دينه إن كان في الفضلة كفاف

دينه ، فإن لم يكن فيها كفاف دينه رجع على الغرماء بما بقى له ، ويتبع كل واحد بقدر ما ينوبه في المخاصمة أن لو كان معهم في حين الحصاص، ولا يأخذ الغني منهم بالمعدم ، بخلاف رجوعه على الورثة يأخذ منهم الملي بالمعدم ، وله أن يستوفي جميع حقه من واحد ، إلا أن يكون دينه أكثر من سهم الوارث من التركة ، فلا شيء عليه أكثر من ذلك ، فإن وجد الورثة فليرجع على الغرماء بما كان ينوبه معهم ، ثم يرجع جميعهم على الورثة ، وهو قول عبد الملك في « الموازية » ، وهو تفسير للمذهب .

فإن كان بيعهم بعد توان وتربص : فإن بيعهم هاهنا يجرى مجرى بيع السلطان ، فلا رجوع له على الغرماء بوجه ، وإنما له اتباع الورثة إذا كان في تلك الفضلة كفاف دينه ، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثالثة

في إقرار من أحاط الدين بماله بالدين لمن لا بينة له أو إقرار من هو في معناه ممن تلحقه من وجه ما

ولا يخلو هذا المقر بالدين على نفسه من أن يكون مريضًا، أو صحيحًا.

فإن كان صحيحًا: فلا يخلو من أن يحجر عليه الغرماء في التصرف، أو لم يحجروا عليه بعد .

فإن حجروا عليه في التصرف فلا خلاف في المذهب أن تصرفاته بعد الحجر مردودة ـ كانت بعوض كالبيع ، أو بغير عوض كالهبة، والصدقة ، والعتق.

وإقراره بالدين بعد الحجر لازم في ذمته ، وما يفيد من المال بعد التفليس ،وهو نص قول مالك في « المدونة » في « كتاب التفليس »، إذا رفعوه إلى الإمام وحبسه لهم ؛ حيث قال : ولك وجه التفليس ، فلا يجوز إقراره إلا ببينة .

فأما قبل الحجر عليه وقبل التفليس ومقدماته : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب نصًا أو تصرفه في المعاوضات جائزة كالبيع والكراء وهبة الثوب، ما لم يكن في ذلك محاباة ، إلا ما يستقرأ من « المدونة » من «كتاب المديان » و« التفليس » من قول الغير أن القضاء كالبيع .

وقال في موضع آخر في « الكتاب » : إن الرهن مثل البيع ، وهو قوله في « كتاب المديان » من « المدونة » ، فيوهم هذا الظاهر أن الخلاف يدخل في البيع كما هو في القضاء والرهن .

ولا خلاف في المذهب أيضًا أن تصرفه في المعارف في ماله كالهبة ، والصدقة ،والعتق لا يجوز ، وأن للغرماء رد ذلك وفسخه .

وأما قضاؤه ورهنه لبعض غرمائه دون بعض : فقد اختلف فيه المذهب على أربعة أقوال :

أحدها : المنع جملة .

والثاني : الجواز ما لم يتشاور الغرماء في تفليسه ،والقولان في «الكتاب » .

والثالث : أنه يجوز قضاؤه ،ولا يجوز رهنه ، وهذا القول حكاه القاضي أبو الوليد بن رشد ، ولم يسم قائله ، وقال : إنه يؤخذ من المدونة، ولم يتبين من « الكتاب » ما أشار إليه .

والقول الرابع : أن رهنه وقضاءه جائز ، وإن تشاوروا تفليسه ما لم يفلسوه، وهو قول أصبغ .

وهذا كله فيمن لا يتهم عليه .

وأما إقراره بالدين قبل التفليس لا يخلو من أن يكون لمن يتهم عليه ، أو لمن لا يتهم عليه .

فإن كان لمن لا يتهم عليه ، فإقراره له جائز ، ويتحاص المقر له مع الغرماء بما بيد المقر من المال .

فإن كان لمن يتهم عليه كالأخ والصديق ، ومن كان في معناهما ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه جائز .

والثاني : أنه لا يجوز ، وهو قوله في المدونة .

ومعنى قوله أنه لا يجوز : يريد أنه لا يتحاصص مع الغرماء فيما بيده

من المال ، وإلا فذمته عامرة بإقراره ، وهو مأخوذ به فيما يطرأ من المال.

ووجه القول بالجواز : أن التهمة في ذلك ضعيفة بالنسبة إلى ما يدركه من الضرر في عمارة ذمة نفسه بإقراره ، وذلك يربو على ما يلحق الغرماء من الضرر في نقصان ماليتهم بالحصاص ؛لأن ذمة الغريم قائمة بخلاف المريض لانخرام ذمته .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا كان المقر مريضًا : فلا يخلو من أن يكون مديانًا ، أو غير مديان .

فإن كان مديانًا : فتصرفه في المعاوضات جائز ، قولاً واحدًا ما لم يحاب ، وتصرفه في المعارف صحت ، قولاً واحدًا إلا بإجازة ، وفي قضائه ثلاثة أقوال : المنع لابن القاسم ، والجواز للغير في « كتاب المديان»، والتفصيل بين القضاء والرهن وهو القول الذي حكاه القاضي أبو الوليد .

ولا يدخل في القول الرابع الذي حكيناه عن الغير وإقراره بالدين لمن يتهم عليه لا يجوز ، قولاً واحدًا .

وفي إقراره لمن لا يتهم عليه القولان ؛الجواز لابن القاسم ،والمنع لابن وهب في « الموازية » حيث قال : لا يجوز إقرار العبد المأذون إلا ببينة ؛ لأن ذلك يؤول إلى الإضرار بالسيد ؛ كما أن المريض المديان يضر بالغرماء.

وتحصيل القول في ذلك :أن إقرار من أحاط الدين بماله إذا كان صحيحًا لمن لا يتهم عليه جائز قولاً واحدًا ، وفي إقراره لمن لا يتهم عليه قولان ، وإقرار من أحاط الدين بماله إذا كان مريضًا لمن يتهم عليه ، فلا قولاً واحدًا،وفي إجازته لمن لا يتهم عليه قولان .

فإن كان غير مديان : فبيعه وشراؤه غير جائز أيضًا ما لم تكن فيه محاباة ، فتصرف إلى الثلث ، وتصرفه في المعارف كالعتق وغيره موقوف

على الثلث ، والزائد عليها موقوف على إجازة الورثة ، وإقراره بدين .

فإن كان لمن لا يتهم عليه : جاز قولاً واحدًا .

وإن كان لمن يتهم عليه : فلا يجوز ـ كان وارثًا أو أجنبيًا كالصديق الملاطف ، إلا أن تقوم له بينة على أنه كان يطالبه ويتقاضاه في صحته ، فيكون الإقرار جائز له ، وهو قوله في « الكتاب » .

فإن أقر لوارث أو أجنبي : تحاصا ؛ فما صار للأجنبي أخذه ، وما صار للوارث دخل عليه فيه الورثة .

وهل للوارث المقر له الرجوع على الأجنبي أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع عليه بشيء ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يرجع على الأجنبي ، فإذا أخذ منه شيئًا شاركه فيه الورثة، فإذا شاركوه انتقض ما أخذ ، فرجع على الأجنبي حتى لا يبقى في يد الأجنبي شيء ، وهذا نص قول أشهب وقوله في مسألة الدور ، وكلام ابن القاسم فيها أصح ، وأسلم من الاعتراض ، وأما قول أشهب فقد اعترض من وجهين :

أحدهما : حتى لا يبقى في يد الأجنبي شيء ، وليس ما قالوه بصحيح؛ إذ لابد أن يبقى بيد الأجنبي شيء ما ؛ لأنهما لو كانا أخوين ، وترك مائة دينار ، فأقر لأحد الوارثين ولأجنبي بمائة : أخذ كل واحد منهما خمسين ، ثم إن أخاه شاركه فيما أخذ فأخذ منه خمسة وعشرين ، فإنه يرجع على الأجنبي باثنتي عشر ونصف حتى يتساويا في القسم لاستوائهما في الإقرار ، فإذا أخذها دخل معه الأخ فيقاسمه ، فيأخذ أخوه منها ستة وربعًا ، ثم يرجع على الأجنبي بنصف الستة وربع ، وذلك ثلاثة وثمن فضلة الأجنبي بها ، ولابد أن يبقى في يد الأجنبي كثير ، فكيف يقال لا

يبقى بيد الأجنبي شيء .

والوجه الثاني : مراجعة الأخ المقر له على الأجنبي بما أخذ أخوه من سهمه يوجب رجوع الأجنبي على الأخ الذي لم يقر له ؛ وذلك أنا إذا صورنا مشاركة الأخ لأخيه فيما أخذ بالإقرار وهي خمسون دينارًا ، وقلنا إن الأخ المقر له يرجع على الأجنبي المقر له بنصف ما أخذ منه أخوه حتى يتساوى معه في العدد كان يجب للأجنبي الرجوع على الأخ الذي لم يقر له، فيقول له إقرار الميت لازم لي ، وأنا قبضت بعض ديني فلا يصح أن ترث أنت ، ولم يتم لي ما أقر به الميت .

فإذا أخذ منه شيئًا رجع عليه الوارث المقر له ، فقال له أنا وأنت في الإقرار سواء ، فيجب أن أرجع عليك بنصف ما أخذت من أخي ، فإذا رجع إليه رجع الوارث الذي لم يقر له ، فقال : أنت وارث معي فلا يجوز الإقرار لك ، فدخل عليه ، فذلك يؤدي إلى الدور العقلي ، وصورة الدور في مسألتنا إذا أوجبنا الرجوع إلى الأخ المقر له على الأجنبي بنصف ما أخذ منه أخوه وجب للأجنبي على الأخ الوارث الذي لم يقر ؛ إذ لا ميراث إلا بعد وفاء الدين ، فإذا أخذ منه شيء رجع عليه الأخ المقر له بنصف ما أخذ، فإذا أخذ منه رجع عليه الأجنبي بما انتقض من حقه ، فهذا أبد الآباد، وذلك ظاهر لمن تأمله .

وأما إذا أقر بدين لوارث فلا يخلو ذلك الوارث من أن يكون زوجة أو ولدًا ؛ فإن كان زوجة فأقر لها بدين أو ببقاء مهرها في ذمته في بلد جرت عادة [ق/ ١٣٧/ ٢أ] أهله بقبض المهر قبل البناء ، ففي ذلك تفصيل وتحصيل، وتلخيصه على منهاج قول مالك وأصحابه أن أمره لا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يعلم منه ميل إليها وصبابة بها .

والثاني : أن يعلم منه الشنئان لها والبغض .

والثالث : أن يجهل مذهبه فيها وحاله معها .

فأما الوجه الأول : إذا علم منه الميل إليها وصبابة بها : فلا يجوز إقراره لها إلا أن يجيزه الورثة ـ كان موروثًا بولد أو بكلالة ـ ولا إشكال في ذلك.

وأما الحال الثاني : إذا علم منه البغض فيها ، والشنآن لها : فإقراره جائز على الورثة جملة بلا تفصيل بين الكلالة والولد .

وأما الحال الثالث : إذا جهل حاله معها في الميل إليها ، والبغض لها : فلا يخلو أمره من وجهين :

أحدهما : أن يورث بكلالة .

والثاني : أن يورث بولد .

فأما إذا ورث بكلالة : فلا يجوز إقراره لها .

وأما إذا ورث بولد : فلا يخلو من أن يكونوا إناثًا ، أو ذكورًا ، صغارًا أو كبارًا ، واحدًا أو عددًا منها أو غيرها .

فأما إذا كان الولد إناثًا يرثنه مع العصبة ، فسواء كان واحدة أو عددًا ، صغارًا أو كبارًا من غيرها ، أو كبارًا منها : فذلك يتخرج على قولين :

أحدهما : أن إقراره جائز .

والثاني : إقراره لا يجوز .

وهذا الخلاف يتخرج على اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة ، فقد اختلفوا في ذلك على قولين منصوصين في المذهب:

أحدهما : الجواز .

والآخر : المنع .

حكاهما أبو إسحاق التونسي ، والقول بالجواز مذهبه في « المدونة » .

فأما إن كن صغارًا منها : لم يجز إقراره لها ، قولاً واحدًا ؛ لأنه يتهم أن يقر بماله عن العصبة .

وأما إن كان الولد ذكرًا وكان واحدًا : فإقراره لها جائز إلا أن يكون بعضهم صغيرًا منها ، وبعضهم كبيرًا منها أو من غيرها ، فلا يجوز إقراره لها ؛ لأنه يتهم بالميل إليها لأجل الولد الصغير ، والنفوس مجبولة على حب الأولاد الصغار أكثر من حب الكبار .

فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي ترتفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عامًا ، فإن التهمة لا ترتفع عنه ،والإقرار باطل على ما في سماع أصبغ من « العتبية » ، وهو قوله في « المدونة » إذا تفاهم ما بينه وبين الولد.

فإن كان بعضهم بارًا به وبعضهم عاقًا له : فإنه يتخرج الخلاف الذي قدمناه في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنه وعصبته ، وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لخروجها ولا فرق أيضًا بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين، أو يقر أنه قبض ماله عليه من دين .

فهذا تحصيل ما قيل في هذه المسألة وتلخيص القول فيها ، [والحمد لله وحده] [(١)].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة

في مال الميت أو المفلس يوقف للغرماء ،فيهلك في الإيقاف

وإذا جمع القاضي مال المفلس وأوقفه ليقبضه غرماؤه ، ثم تلف ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يبيعه ، وأوقف ثمنه ليفرقه عليهم ، أو أوقف الشركة حتى يبيع ما يباع منها من غير جنس الدين .

فإن باعه وأوقف الثمن : فلا يخلو من أن يوقفه لمعين ، أو لغير معين.

فإن أوقفه لغير معين ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ضمانه ممن وقف له ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني : أن ضمانه من المفلس دون الغرماء، وهو قول ابن عبد الحكم.

فإن جمع المال ليبيع ما ليس من جنس الدين إن كان في التركة ثم تلف المال ممن ضمانه ، فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أن ضمانه من المفلس ـ كان عرضًا ، أو حيوانًا ، أو عينًا ـ حتى يصل إلى الغرماء ، وهي رواية أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز.

والثاني : أن ضمانه من الغرماء ـ كان عينًا ، أو حيوانًا ، أو عرضًا أو ما كان ، وهى رواية ابن الماجشون عن مالك ؛ لأن السلطان احتجبه فصار ضمانه من غرمائه من حضر منهم أو غاب،علم أو لم يعلم ،كان دينه عرضًا ، أو حيوانًا .

والثالث : التفصيل بين أن تكون التركة عينًا ، أو عرضًا؛ فإن كانت عينًا : فضمانها من الغرماء ، وإن كانت عروضًا : فضمانها من الغريم الذي عليه الحق ، وهو مذهب ابن حبيب ، وابن وهب ، ومطرف في

«الموازية » ،و« الواضحة » ، وهو قول ابن القاسم في« الكتاب » .

والرابع : أن ضمان الذهب ممن له عليه ذهب ، وضمان الورق ممن له عليه ورق ، وضمان العروض ممن له عليه عروض مثلها ، وهو ظاهر قول عبد الملك بن الماجشون ، على ما نقله الشيخ أبو القاسم بن الجلاب .

والخامس : أن الضمان في الموت من الغرماء ،وفي التفليس من المفلس، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : قبض الحاكم مال المفلس ورفعه يد الغريم هل هو كقبض الغرماء إياه أم لا ؟

وعلى القول بأن ضياعه من الغرماء ، فلو بيعت دار الميت بأمر القاضي لدين عليه ؛ وهو مائة دينار ، فبيعت بمائة دينار ،وأودعها القاضي فهلكت في الإيداع ، ثم استحقت الدار لرجع مشتريها على الذي بيعت له الدار - وهو طالب الدين - لأنه كان الثمن في ضمانه فكأنه قبضه ، وهو قول أصبغ ،وعبد الملك فيما حكاه ابن المواز عنهما في النوادر قال : وكذلك لو كان عبدًا ، فباعه القاضي لغرمائه ، فضاع من رسول القاضي ،وقد استحقه العبد بحرية أن الثمن من الغرماء وعليهم يرجع المشتري بالثمن إلا أنه قال في هذا الفصل : فإن لم يجد عند الغرماء شيئًا رجع ذلك في مال المفلس أو الميت أن يبقى له شيء ، أو طرأ له مال يأخذ ذلك منه ، ويحسب ذلك على الغرماء ؛ لأنه عنهم يأخذه ، فإن لم يوجد للميت شيء: رجع ويتبعهم في ذممهم ، [والحمد لله وحده] [١].

❏❏❏

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة
في الذي أمر رجلاً أن يدفع عنه مالاً إلى رجل

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة [أسئلة :

أحدها : إذا قال له ادفع إلى فلان مائة درهم صلة مني له ، فقال: نعم، وليس للواصل قبل المأمور شيء .

والثاني](١) : إذا أمرته أن يدفع لفلان دنانير سلفًا منه ، فدفع غيرها .

والثالث : إذا كان لرجل دين على رجل ، فأمره أن يدفعه إلى من استقرضه مثل ذلك القدر .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا قال له ادفع إلى فلان مائة درهم صلة مني له ، فقال : نعم ، وليس للواصل قبل المأمور شيء ، فمات الذي أمر قبل أن يدفع المأمور الصلة : فلا يخلو الآمر من أن يشهد على الصلة،أو لم يشهد عليها .

فإن لم يشهد عليها : فلا خلاف في المذهب أن الصلة باطلة ، ولا شيء فيها للموصول .

فإن أشهد عليها ، فقولان منصوصان في « الكتاب » :

أحدهما : أنه مضت للموصول بالإشهاد ـ قبضها في حياة الواصل أو بعد مماته ـ وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه إذا مات الواصل قبل أن يقبضها الموصل حتى تصير دينًا على الواصل يطلب ،ولا ينفعه الإشهاد ، وهو قول غيره في « الكتاب » .

---

(١) سقط من أ .

والصحيح ما قاله ابن القاسم ؛ وذلك أن الواصل لما التزم المأمور السلف ، وأشهد الواصل أنه وصل به فلانًا صار كدين له على من أسلفه، وصار الموهوب قد أشهد له الواهب بدين له على رجل ، فكان ذلك حوزًا ؛ كمن وهبت له هبة فباعها الموهوب له قبل أن يقبضها ، ثم مات الواهب : أن الهبة صحيحة لا يبطلها موت الراهب قبل الحوز ؛ لتعلق حق المشتري بها ، وهو غير محتاج إلى حيازة لكونه مشتريًا ، والموهوب له قد خرجت من يده بالبيع .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا أمرته أن يدفع لفلان دنانير سلفًا منه لي ، فدفع له غير ما أمرته به ، فلا يخلو من أن يدفع له دراهم عن دنانير، أو دفع له عرضًا .

فإن دفع له عرضًا عن عين ما الذي يجب على الآمر دفعه ورده ؟

فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال ، كلها قائمة من المدونة:

أحدها : أنه يرد عليه ما أمره بدفعه .

والثاني : أنه يرد عليه مثل ما دفع مخافة أن يكون ما دفع عنه المأمور أقل مما أمره بدفعه ، فيؤدي إلى أن يربح في السلف .

والقولان لمالك في « الكتاب » .

والثالث : الآمر مخير إن شاء دفع ما أمره بدفعه ، وهذا القول أيضًا متأول على « المدونة » .

ويتخرج في المسألة قول رابع : أنه لا شيء على الآمر ؛ لأنه يقول : إذا كنت أمرته أن يدفع ذلك سلفًا لي لم يلزمني أما ما دفعه مما هو خلاف ما أمرته ، وكأنه لم يمتثل أمري ، فلا يلزمني شيء .

وينبني الخلاف : على الخلاف فيما أمر بدفعه عنه ، هل هو دين على

الآمر بنفس الإنعام به من المأمور ، أو لا يكون دينًا إلا بإخراجه ودفعه إلى من أمر بقبضه ؟

فإذا قلنا : أنه بنفس الإذن والإنعام : صار دينًا في ذمة الآمر ، كما يقول ابن القاسم في مسألة الصلة ، فإن الآمر يدفع عند القضاء ما أمر بدفعه ، لا ما عوض عنه ؛ لأنه بالالتزام صار ملكًا للمأمور له بالدفع ، وجازت فيه مبايعته ومصارفته كدين ثابت له .

فإذا قلنا بأنه لا يجب ، ولا يلزم إلا بإخراجه وقبضه كما قال الغير في مسألة الصلة كتمان الآمر مخير على قول ، أو يدفع للمأمور ما دفع إليه على قول ، أو لا يلزم الآمر شيء على قول ؛ لمخالفته المأمور ، فدفع غير ما أمر به .

فإن دفع دنانير عن دراهم ، أو دارهم عن دنانير : دخله ما قدمناه من الربح في السلف ما فيه من الخيار في صرفها ، على القول بتخيير الآمر .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا أمر لمن له عليه دين أن يدفعه إلى من استقرضه مثل ذلك قدرًا وصفة ، فدفع المأمور خلاف ما أمر به ؛ مثل أن يدفع ذهبًا عن ورق ، أو ورقًا عن ذهب : فإن الأقوال الثلاثة التي قدمناها في السؤال الثاني تدخل [ق/١٣٨/ ٢أ] في هذا السؤال ، ولا يدخل فيه القول الرابع ؛ لأجل اختلاف السؤالين ؛ لأن ذمة المقرض في هذا السؤال عامرة على كل حال ، وعهدة المقرض عليه ؛ إذ لا سبيل للآمر أن يرجع على الذي عليه الدين أولاً بوجه ، ولا على حال ما نقله أهل المذهب ، وإن كان يجوز أن يقول : إن الآمر لم يوسع للذي عليه الدين أن يدفع الإمالة عليها فيهما دفع غيره ، كأن الخيار للآمر إن شاء جوز فعله ، وأخذ من المقرض ما قبض ، وإن شاء رد مصارفته ،ويرجع على الذي كان عليه الدين بما ترتب في ذمته ، إلا أنهم لم يقولوا ذلك ، وإنما قالوا : إن ذمته

برئت بـالدفع سواء دفـع عين ما به عمـرت ، أو دفع عنه عـوضًا إذا وقع التراضي بينه وبـين المقرض ؛ فكان المقرض كالموسع للذي علـيه الدين فيما يعطي هذا ، وكأنه لم يقرضه إلا مـا قبض ؛ ولأجل هذا يجوز له أخذ ما قبض عوضًا عما أمر به على أحد قولي مالك ، إلا أن فيه بعدًا .

وفي السؤال الثاني يتعين فيه هذا الاعتراض ، ويلزم ألا تعمر ذمة الآمر إذا دفع عنه المأمور خلاف ما أمر به لزومًا صحيحًا .

تم الكتاب بحمد الله وعونه ، وصلى الله على محمد نبيه .

❑❑❑



كتـاب التفليس



كتاب التفليس

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها أربع مسائل :

المسألة الأولى

في الغرماء إذا قاموا على الغريم وطلبوا تفليسه والحجر على يده

ومعنى الحجر : المنع ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَحِجْراً مَّحْجُوراً ﴾ [1] أي حرامًا محرمًا لا يباح ،ومنه تسمية الدار حجرة ؛ لأنها حجرت أي : منعت من التصرف فيها بالدخول إلا بإذن أهلها ، ومنه تسمى حجرة الكعبة الحجر ؛ لأنه يمنع أن يستباح به ، بل حرمته حرمة الكعبة.

ومعنى الفلس : العدم ، وأصله من الفلوس ؛ أي : أنه صاحب الفلوس بعد أن كان صاحب ذهب وفضة ، ثم استعمل في كل من عدم المال ، ويقال : أفلس الرجل ، بفتح اللام ، فهو مفلس .

وإذا طلب الغرماء أو واحد منهم تفليس الغريم وخلعه من ماله ليقضي به ما عليه من الديون ،هل يمكنهم السلطان من ذلك ، ويظفرهم بمقصودهم أم لا ؟

فلا يخلو المديان من أربعة أوجه :

أحدها : أن يكون المال والمديان حاضرين .

والثاني : أن يكونا غائبين .

والثالث : أن يكون المال حاضراً والغريم غائبًا .

---

(١) سورة الفرقان الآية (٥٣) .

والرابع : أن يكون الغريم حاضرًا ، والمال غائبًا.

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان المال والمديان حاضرين : فالتفليس جائز ، ويقسم ماله بين غرمائه ، ومن كان غائبًا وقف على نصيبه .

فأما في الموت : فإنه تكون قسمته بعد الاستيناء لانقطاع ذمة الميت ، ولا سيما إذا كان الميت موصوفًا بالدين .

وأما في الفلس : فقد اختلف فيه على قولين :

أحدهما : التعجيل فيقسم مال المفلس بعد الإشهار والإعلان ، وهو المشهور ؛ والدليل عليه قول عمر رضي الله عنه في أسيفع جهينة حين قال: فإنَّا نقسم ماله بالغداة ؛ فمن كان له عليه شيء فليأتنا.

والثاني : أن الحي والميت سواء ، ويتأخر القضاء إذا كان معروفًا بالمزابنة، وهو قول غيره في « المدونة » في أول « كتاب التفليس » ،والأول رواية ابن وهب في « الكتاب » .

وإذا أمر القاضي بالنداء على غرماء المفلس ليجتمعوا على قسمة ماله ، فحضر بعضهم ولم يحضر البعض ، فقسم الحاضرون جميع ما عنده من المال ، وتحاصوا فيه ، وبقيتهم حاضرون في البلد بتفليس غريمهم ، ويرون ماله يقسم ، فهل لهم القيام على من أخذ حقه من الغرماء أم لا ؟

فلا يخلو من أن يكون لهم عذر ، أو لا عذر لهم .

فإن كان لهم عذر ظاهر في الحضور على المحاصة : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أن لهم الدخول معهم فيما أخذوه .

فإن لم يكن لهم عذر ، فهل لهم الدخول معهم فيما أخذوه [أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن لهم الدخول معهم فيما أخذوه] [١] ودينهم باق في الذمة؛ كما لو أعتق وغرماؤه سكوت : فلا رد لهم للعتق ، لكن سكوتهم لا يبطل دينهم ، وهو قول ابن القاسم في« المدونة » .

والثاني : أنه يوقف لهم حقوقهم كما توقف للغائب ، وسكوتهم لا يبطل حقهم في المحاصة ، إلا أن يتبين من الحاضر تركه لدينه في ذمة الغريم ، ورضى بما قبض غيره ، وهو قول غيره في « المدونة » .

ولا أعلمهم يختلفون في الموت أن سكوتهم لا يبطل ،ولا يعد ذلك منهم رضاً بترك المحاصة ؛ لذهاب ذمة الميت ، وبقاء ذمة المفلس ، ويكون له اتباع الغرماء بعذر ما يصح له في المحاصة .

ومعرفة وجه التحاصص أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء؛ دنانير ودراهم إن كانت ديونهم دراهم ، أو طعامًا إن كانت طعامًا على صفة واحدة.

فإن كانت ديونهم مختلفة ؛ دنانير ودراهم ، أو دنانير وعروضًا ودراهم وطعامًا ، وما أشبه ذلك : صرف مال الغريم عينًا إما دنانير ،وإما دراهم على الاجتهاد في ذلك إذا كان الصنفان جاريين في البلد ، ويباع ماله من الديون ، إلا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض عند حلولها ، ثم تحصل جميع ديونهم إن كانت صفة واحدة ، أو قيمتها إن كانت مختلفة

إن كانت الديون كلها على الحلول بالاتفاق ، وقبل الحلول على الاختلاف بين ابن القاسم وسحنون ؛ فإن ابن القاسم يساوي بين ما حل منها ،وما لم يحل في أن الاعتبار بعد الدين ، لا بقيمة الدين المؤجل لأن التفليس معنى يفسد الذمة ، فاقتضاء حلول الدين كالموت .

---

(١) سقط من أ .

وسحنون يقول : إن العرض المؤجل يقوم يوم التفليس على أن يقبض إلى أجله ، وهذا بعيد؛لأن المال لو كان فيه وفاء لعجل له حقه أجمع، وإذا قاله في العروض ، فيلزمه مثله في العين المؤجل ، وهذا لم يقله هو ولا غيره .

ثم ينظر ما يكون من ذلك من جميع مال المفلس ، فإن كان النصف كان لكل واحد من الغرماء نصف دينه ، وأتبع الغريم بالنصف الباقي وإن كان الثلث : كان له الثلث وأتبع الغريم بالثلثين ، وإن كان الربع كان له الربع ،وأتبع الغريم بالثلاثة الأرباع دينه .

فمن كان دينه منهم من صنف مال الغريم دنانير أو دراهم : دفع إليه ما وهب له منهم .

ومن لمن يكن دينه من صنف مال الغريم اشترى له ما وجب من العروض ، أو الطعام بما ينوبه من العين في المحاصة ، ولا تسلم إليه الدنانير .

فإن اشترى له بالعين أقل مما صار إليه في المحاصة لغلاء السعر ، أو اشترى له أكثر لرخص السعر : فلا تراجع في ذلك بينه وبين الغرماء إلا أن يشتري له بتلك الدنانير أكثر من جميع حقه ، فإنه يدفع الفضل إلى الغرماء،وإنما التحاسب في زيادة ذلك ونقصانه على ماخرج للغرماء في المحاصة من النصف أو الثلث بينه وبين الغريم ، فيتبعه بما بقى - قلَّ لغلاء السعر أو كثر لرخصه.

فإن أراد الذي دينه عرضًا أو طعامًا أن يأخذ العين الذي خرج له في المحاصة ،ولا يشتري له شيء : فلا يخلو دينه من أن يكون من سلم ، أو من قرض .

فإن كان من سلـم : فلا يخلو من أن يكون طعـامًا ، أو عرضًا ، فإن كان طعامًا : فلا يـخلو العين الذي صار به في المحاصـة من أن يكون مثل رأس ماله ، أو أقل أو أكثر .

فإن كان مثل رأس ماله ، فهل يجوز له الرضا بأخذ العين أم لا ؟

على قولين قائمين من « المدونة » من « كتاب السلم الثاني » وغيره :

أحدهما : أن ذلك جائز ، وتكون إقالة .

والثاني : أنه لا يجوز .

وينبني الخلاف : على الخلاف في الإقالة ، هل تنعقد بغير لفظها أم لا؟

فإن كـان أكثر مـن رأس مالـه أو أقل : فإن ذلـك لا يجـوز قـولاً واحـدًا؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل قـبضه ، وهذا إذا طلب لمن يأخذه عوضًا عن جميع حقه .

فإن أراد أخذ العين عـما وجب له في المحاصة ،ويبقى الـباقي في ذمة الغريم : فـإنه يدخلـه بيع الطـعام قبل قـبضه ، مع مـا في ذلك من بـيع وسلف، وما بقى في الذمة فهو بيع .

وإن كان الـذي له عرض من مـسلم ، فـإن أخذه عوضًـا عن جميـع حـقه، وكان مـثل رأس ماله ، أو أقل : فإن ذلك جائـز ؛ إذ لا يتهم أحد أن يدفع كثيرًا ليأخذ قليلاً فيما لا ضمان فيه .

وإن كان أكثر من رأس ماله : فلا يجوز ؛ لأن ذلك سلف بزيادة .

فإن أخذه عـلى أن يبقى الـباقي في الذمة إلـى يسره : فالمذهـب على قولين :

أحدهـما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه بيع وسلف ؛ ما استرجع فهو بيـع وما بقى فهو سلف ، وهو مذهب « المدونة » .

والثاني : أن ذلك جائز ؛ لأن الحكم بالتفليس يرفع التهمة .

فإن كان دينه قرضًا : جاز ـ كان عرضًا أو طعامًا ـ ولا علة في ذلك، لا على وجه ،ولا على حال .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا غاب المال والمديان جميعًا : فلا تخلو غيبته من أن تكون قريبة ، أو بعيدة .

فإن كانت قريبة كالأيام اليسيرة : لم يفلس ، ولكنه يكتب فيه ليكشف ملاه من عدمه .

فإن كانت بعيدة : فلا يخلو من أن يعرف ملاه من عدمه ، أو جهل حاله ، ولا يدري أين هو .

فإن عرف ملاه من غيبته ، هل يفلس وتحل ما عليه من الديون المؤجلة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يفلس ،والديون التي عليه تبقى إلى أجلها ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« الموازية » .

والثاني : أنه يفلس كما لو كان حاضراً والمال غائبًا ، وهو قول أشهب في « العتبية » وغيرها ؛ لأنه إذا خيف ثواء ماله ،وهلاكه وجب تفليسه فكذلك يفلس أيضًا إذا كان هو وماله غائبين ، وقال أصبغ : ويكتب تفليسه حيث هو ، فيستقم ذلك عليه في الموضع الذي هو فيه .

وعلى القول بأنه يفلس ،وتحل ما عليه [ق/ ١٣٩/ ٢أ] من الديون المؤجلة ، فلو قدم بماله ، وقد بقي للذين تحاصوا بقية ، وللذين لم تحل ديونهم بقية ، وقد كان له مال حاضر ، فيتحاصوا فيه إلا أنه ليس فيه وفاء، فأراد الذين لم تحل ديونهم أن يأخذوا بقية ديونهم حالة ، وآجالها لم تحل بعد ، هل لهم أخذ ذلك على الحلول ، أو تبقى إلى آجالها ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن ديونهم تبقى إلى أجلها ، وحصاصهم إنما كانت للضرورة مخافة عدم الغريم ، والآن قد انكشف الغيب إنه في حالة لا يجوز تفليسه.

والثاني : أنهم يأخذون بقية ديونهم على الحلول ، وكأنه حكم قد مضى باجتهاد الحاكم ، وهو ظاهر قول أصبغ .

فأمَّا إن جهل حاله أو عرف عدمه : فإنه يجوز تفليسه باتفاق المذهب .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كان المال حاضرًا ، أو الغريم غائبًا ، فقام غرماؤه وطلبوا تفليسه : فإن السلطان يساعدهم على ذلك ، فيفلسه لهم بغير تأني إن كان الغائب غير موصوف بالدين .

وفي التأني بتفليس المعروف بالدين ، قولان :

أحدهما : أنه لا يستأني به ؛ لأن ذمته باقية ، وهي رواية مطرف ، وابن وهب عن مالك في « كتاب ابن حبيب » .

والثاني : أنه يفلس بعد الاستيناء ، وهو ظاهر المدونة .

ولا خلاف فيمن عرف أنه ليس عليه دينًا أنه يحاصص به مع الحاضرين ويوقف به سهمه بيد أمين حتى يقدم إن كان غائبًا .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا كان الغريم حاضرًا والمال غائبًا : فإنه يفلس ، قولاً واحدًا ؛ لأنه لا يدري ما حدث في ماله ، وهو نص قول أشهب في « العتبية» فيمن كان حاضرًا بمصر ، وله مال بالأندلس ، فإنه يفلس [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثانية
في الغريم إذا فلس ثم رد إليه
بعض الغرماء ما وقع له في الحصاص ، ثم فلس ثانية

فلا يخلو هذا المال بيد الغريم من أن يكن من ربح ما أبقى بعض الغرماء في يده من المال الأول ، أو فائدة أفادها ، أو من معاملة أحدثها بعد مع قوم آخرين .

فإن كان أصله فائدة أو ربح ما أبقاه بعض الغرماء في يده بعد التفليس: فإن الغرماء الأولين والآخرين يدخلون في ذلك ، ولا حجة لبعضهم على بعض ؛ لأنه ليس بعين مال واحد منهم بعد الاتفاق على أنه لا حق للغرماء الآخرين في عين ما أبقاه الأولون في يد الغريم في الفلس .

وفي الموت قولان : وهما متأولان على «المدونة » :

وإلى التفريق بين الموت والتفليس ،وأن الآخرين يدخلون أشار أبو إسحاق إلى هذا .

وأما قولهم : إن أرباح ما ترك بيد الغريم كالفوائد ، فذلك من ابن القاسم تناقض ؛ لأنه جعل ربح العين كأصله في « كتاب الزكاة » ، وجعل أن الربح لم يزل كامنًا في المال قبل أن تظهره الحركة ، وكيف يقول إنه كالفوائد ،وأن الأولين والآخرين يدخلون فيه ؟، وإنما يتمشى ذلك لأشهب الذي جعل الربح كالفائدة في باب الزكاة ، بيد أنهم قالوا : إن الأرباح تابعة للأصول إلا في ثلاث مسائل ؛ منها هذه . والثانية : مسألة الغاصب إذا غصب دنانير ، فاتجر فيها ثم ربح ، أنه يرد رأس المال دون الربح .

والثالثة : من اتجر بالوديعة فربح فيها ، وفي ذلك كله نظر .

فإذا قلنا : إنهم يتحاصون جميعًا في الربح والفائدة ؛ فإن الغرماء الآخرين يضربون فيه بجميع ما عليهم من الدين والأولون يضربون فيه بقدر ما بقى لهم بعد الذي تركوا في أيديهم من المحاصة أولا إن بقى ذلك في أيديهم إلى يوم المحاصة الثانية ، فإن هلك قبل ذلك فإنهم يتحاصون بجميع دينهم - ما بقى لهم وما ردوه إلى يد الغريم - وهذا نص قوله في «المدونة» .

وقد يعترض على هذا الكلام بأن يقال : لا يخلو المال الذي ردوه إلى يد الغريم من أن يكون على ملك الغرماء الذين أخذوه بالمحاصة ،أو على ملك الغريم الذي ردوه إليه .

فإن كان على ملك الغرماء ، فكيف يكون ضمانه من الغريم إن هلك بأمر سماوي ؟ أو كيف يشتركون مع الآخرين في ربحه ؟

فإن كان على ملك الغريم ، فكيف يختص من كان رده إلى يد الغريم دون من شاركه في أصل ذلك الدين ، وإن كان هو قد استوفى ما ينوبه في المحاصة أولاً ، وليس بذلك ببدع ، وقد قال في « كتاب العتق » في العبد بين الرجلين إذا انتزعا ماله ثم رد أحدهما نصيبه إلى يد العبد : أن المال مال العبد ، لا الذي رده ، وأنه إن بيع بماله : كان الثمن بينهما على قدر سهامهما في العبد ، ولا يختص الذي رد المال إلى يد العبد بما زاد الثمن لأجل المال ، والاعتراض ظاهر .

فأمَّا إذا كان المال الذي بيده من معاملة أحدثها مع قوم آخرين ، هل يختص بذلك الآخرون ؟

أما في الفلس : فلا خلاف في المذهب أن الآخرين أولى بذلك من الأولين ؛ لأن ذلك من غير أموالهم ، أو ما تولد منها ؛ لأن معاملة

الأولين قد انقطعت .

وأما في الموت : فالمذهب يتخرج فيه على قولين قائمين من « المدونة» :

أحدهما : أن الأولين يدخلون مع الآخرين في ذلك ؛ لانقطاع ذمة الغريم بالموت ، وإليه أشار الشيخ أبو إسحاق التونسي .

والثاني : أنهم لا يدخلون معهم في ذلك في الموت كما لا يدخلون معهم في الفلس ، وهو ظاهر « المدونة » .

فانظر ما الفرق بين التفليس الثاني ،والتفليس الأول ؛ لأنه لا فرق في التفليس الثاني بين أن يكون المال الذي بيد الغريم أصله من فائدة ، أو يكون أصله من معاملة حدثت ، ولم يقل كذلك في التفليس الأول ؛ بل قال : كل من له عليه دين ، فإنه يضرب بين الغرماء بقدر دينه .

فذهب بعضهم إلى أن ذلك اختلاف قول ،وبعضهم يجعل ذلك اختلاف حال ؛ وذلك أن أول التفليس قد طالت معاملة الغرماء للمديان وتناسل أصل معاملتهم حتى لا يدري أصل ما بيده من المال من معاملة أقوام معروفين لا يفردون بذلك كانفرادهم به في التفليس الثاني ، وهذا الفرق لا بأس به ، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثالثة

في معرفة ما يتحاص به من الديون مما لا يتحاص به منها

فإن التحاصص لا يجب إلا بما تقرر في الذمة ، لا بما كان معينًا ؛ لأن من اشترى سلعة بعينها ، ففلس البائع : فالمبتاع أحق بها من الغرماء ، بإجماع من العلماء .

وأما الديون الثابتة المتقررة في الذمة : فإنها تنقسم على قسمين :

أحدهما : أن تكون واجبة عن عوض .

والثاني : أن تكون واجبة عن غير عوض .

فأما ما وجب منها عن عوض يتمول ولا يتمول ، فلا يخلو من أن يكون العوض مقبوضًا ، أو لا يكون مقبوضًا .

فإن كان مقبوضًا كأثمان السلع المقبوضة ، وأرش الجنايات ، ونفقة الزوجات لما سلف من المدة ، ومهور الزوجات المدخول بهن ، وما خولعن عليه من شيء موصوف في الذمة : فإن المحاصة بذلك واجبة .

وأما ما كان منها من غير مقبوض : فإن ذلك ينقسم على خمسة أقسام:

أحدها : ألا يمكنه دفع العوض بحال .

والثاني : أن لا يمكنه دفع العوض ، ويمكنه دفع ما يستوفي فيه .

والثالث : أن يمكنه دفع العوض ويلزمه .

والرابع : أن يمكنه دفع العوض ولا يلزمه .

والخامس : أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض .

فأمَّا ما لا يمكنه دفع العوض ؛ كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة : فلا محاصة في ذلك بوجه .

وأما ما لا يمكنه دفع العوض فيه ،ويمكنه دفع ما يستوفي منه ؛ مثل أن يكتري الرجل داراً بالنقد ، فيقاس المكتري قبل أن يقبض الدار ، أو بعد أن قبض وسكن بعض السكنى : فلا خلاف أن المكري يحاص الغرماء بما مضى من المدة .

واختلف في الحكم فيما بقى منها على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن المكري بالخيار إن شاء سلم السكني ويحاص الغرماء بكراء ما بقى ،وإن شاء أخذ بقية السكنى ، ويكون أولى به من الغرماء .

وهو قول ابن القاسم في« المدونة » ، و« العتبية » .

والثاني : أنه يحاص الغرماء بكراء ما مضى ، ويأخذ داره ، ولا يكون له أن يسلمها ، ويحاص الغرماء بجميع الكراء ، وهذا الذي يأتي على أصل قول ابن القاسم في « المدونة » في قبض الأوائل في الكراء هو كقبض الأواخر أم لا ؟

وأما تخيير ابن القاسم المكتري بين أخذ بقية السكنى ، أو تسليمه، أو يحاص بجميع الكراء إنما يأتي على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء كقبض أواخره ، وهو أحد قولي ابن القاسم .

ولو لم يشترط النقد في الكراء ، ولا كان العرف فيه النقد لوجب على قول ابن القاسم الأول إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة ؛ فكما سكن شيئًا أخذ بقدره من ذلك .

وأما ما يمكنه دفع العوض ،ويلزمه كرأس المال المفلس إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال : فلا يخلو من أن يكون رأس المال عينًا، أو عرضًا.

فإن كان رأس ماله عينًا ،هل يكون أحق برأس ماله من الغرماء أم لا ؟

فالمذهب [ق/ ١٤٠/ ٢أ] على قولين :

أحدهما : أنه يلزمه أن يدفعه ، ويحاص به الغرماء ، ولا يكون أحق به، وهو قوله في « كتاب ابن المواز » ، وهو ظاهر قول أشهب الذي يقول: لا سبيل له إلى العين ، وهو فيه أسوة الغرماء ، وهو نص قوله في « العتبية » .

والثاني : أن له أن يمسكه ، ولا يلزمه أن يدفعه ويحاص الغرماء ؛ بل هو أحق برأس المال الذي بيده منه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم الذي يقول: إنه أحق بالعين في التفليس .

وينبني الخلاف : في العين الذي بيده هل هو كالرهن أم لا ؟ والصحيح أنه كالرهن ؛ لأن التفليس يحل على المفلس ، فإذا حل بالتفليس كان للذي له السلم أن يحبس رأس ماله .

وللخلاف فيه مطلع بسبب آخر ؛ وهو العين هل يتعين أو لا يتعين ؟

فإن كان رأس المال عروضًا : كان له أن يمسكه ، وهو أحق به من الغرماء ، قولاً واحدًا ؛ لأن سببه قائم بعينه .

وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه ؛كالسلعة إذا باعها ، ففلس البائع قبل أن يدفعها إليه المبتاع ، وهو بالخيار بين أن يمسك سلعته أو يسلمها ، ويحاص الغرماء بثمنها ، فلا خلاف في هذا الوجه، وهو ألا يكون إليه تعجيل بعض العوض ؛ وذلك مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنانير في عروض إلى أجل ، فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ،وقبل أن يحل الأجل المسلم ، فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العروض ، ويحاص الغرماء برأس مال السلم : فذلك جائز إن رضى بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك

أحدهم حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال ، وفي العروض التي عليه إذا حلَّت، وإن شاؤوا أن يبيعوا بالنقد ويتحاصوا فيها الآن ، فذلك لهم .

وهذا كله إنما يتخرج على القول بجواز تأخير رأس مال المسلم إن كان حيوانًا بلا كراهية ، أو من العروض التي يغاب عليها مع كراهية لمالك في ذلك .

فأما إن فلس المسلم بعد حول المسلم على المسلم إليه ، فهو برأس المال أسوة الغرماء فيما حل عليه من السلم .

وهل له أن يمسكه ، فيكون أحق به من الغرماء أم لا ؟

فالمذهب على قولين : وقد قدمناهما لابن القاسم ، وأشهب ،وبينَّا سبب الخلاف فيهما .

ولا يخرج عن هذا التقسيم الذي قسمنا إلا الحكم في مهور الزوجات ؛ فإن المحاصة بها واجبة على الجملة ، وإن لم يقبض العوض ؛ مثل أن يفلس الزوج قبل الدخول ، فهل للزوجة الخيار بين الحصاص أو الفراق أم لا ؟ على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن له الخيار إن شاءت حاصت الغرماء ، وتبقى زوجة ، وإن شاءت تركت الحصاص وطلب الفراق ،وهو قول مالك في «كتاب النكاح الثاني» في المسعر بالصداق قبل البناء ؛ حيث قال : يتلوم ، فإن جاء بالصداق ،وألاَّ فرق بينهما .

والثاني : أن المقاصة واجبة ، ولا خيار لها ، وهو اختيار القاضي ابن رشد .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الصداق هل هو عوض ، أو نحلة فمن جعله عوضًا قال : لها الخيار ، ومن جعله نحلة قال : لا خيار لها .

وعلى القول بأنها تحاص الغرماء على اختيارها ، أو بغير اختيارها هل تحاص بجميع الصداق أو بنصفه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تحاص بجميع صداقها .

والثاني : أنها لا تحاص إلا بنصفه .

وسبب الخلاف : اختلافهم في المرأة ، هل تستوجب جميع الصداق بالعقد ، أو إنما يجب لها النصف بالعقد ،وجميعه بالموت ؟

وعلى القول بأنها تحاص بجميع الصداق ، فإن طلقها الزوج قبل البناء بها ،وبعد الحصاص ، ما الذي ترد مما قبضته ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها ترد الزائد على النصف إن صار لها في المحاصة أكثر من النصف ، وهو قول ابن دينار .

والثاني : أنها يكون لها نصف ما صار لها بالمحاصة ، وترد النصف لأنه قد تبين بالأحرى أن الحصاص إنما كان بنصف الصداق خاصة ، وهو قول ابن القاسم .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهي الحقوق الواجبة في الذمة من غير عوض ، فإنها تنقسم على قسمين :

أحدهما : أن تكون واجبة بالشرع من غير أن تلتزم .

والثاني : أن تلتزم بالشرع إلا أن تلتزم .

فأما ما كان منها واجبًا بالشرع ، وإن لم تلتزم ؛ كنفقة الآباء ،

والأبناء، وما تحمله العاقلة من الدية ، فاختلف فيه على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهما : أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن المحاصة تجب بها إذا لزمت بحكم السلطان ، وهو قول أشهب .

وأما ما لا تجب بالشرع إلا بأن تلتزم؛كالهبات، والصدقات ،والنحل التي لم تنعقد عليها الأنكحة ، فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أن المحاصة لا تجب بها ؛ لأن الفلس يبطلها كما يبطلها الموت .

وأمَّا النحل التي تنعقد عليها الأنكحة ، وحمل أثمان السلع في عقود البيع ، وحمل الصدقات في عقود الأنكحة ؛ ففي النحل التي تنعقد عليها الأنكحة قولان .

وأما حمل الصداق في عقد النكاح ، وحمل الأثمان في عقود المعاوضات : فالمحاصة بها واجبة ؛ لأنها لزمت عن عوض .

وفي حمل الثمن بعد العقد ، والصداق بعد العقد قولان :

أحدهما : أن المحاصة بها واجبة ؛ لأن الحميل له ترك اتباع ذمة غريمه من أجل ذلك ، فأشبه العوض .

والثاني : أن المحاصة بها غير واجبة ؛ لأنها خرجت عن غير عوض .

والقولان حكاهما بعض المتأخرين ، ولم يسم قائلهما ، [والحمد وحده] (١).

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة
في معرفة ما يكون به الغريم
أحق من الغرماء في الموت والفلس، أو في الفلس
دون الموت مما لا يكون أحق به لا في الموت، ولا في الفلس

وتحصيله: أن الأشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس على ثلاثة أقسام:

عرض يتعين، وعين اختلف فيه هل يتعين أم لا، وعين لا يتعين.

فأمَّا العرض: فلا يخلو من أن يكون باقيًا في يد بائعه، ولم يسلمه إلى المشتري، وإما أن يكون قد أسلمه إليه وقبضه منه.

فإن كان في يد بائعه لم يسلمه إلى المشتري حتى فلس، والبائع أحق به في الموت والفلس، ولا خلاف في ذلك.

وإن قبضه المشتري منه، وصار في حوزه، ثم أفلس المشترى والسلعة في يده: فقد اختلف فيه فقهاء الأمصار على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن يكون أحق بها في الموت والفلس جميعًا، وهو مذهب الشافعي.

والثاني: أنه يكون أسوة الغرماء في الموت والفلس جميعًا، وهو مذهب أبي حنيفة.

والثالث: أنه يكون أحق بها في الفلس، وهو في الموت أسوة الغرماء وهو مذهب مالك، رضي الله عنهم أجمعين، وهو أقرب إلى الصواب.

وسبب **الخلاف بين مالك والشافعي**: تعارض الأخبار، وتجاذب الاعتبار.

فأما الأخبار : فمنها ما خرَّجه مالك من مرسل ابن شهاب أن رسول الله ﷺ قال : « **أيما رجل باع متاعًا ، فأفلس الذي ابتاعه ، ولم يقبض الذي باعه شيئًا فوجده بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات الذي ابتاعه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء** » (١) .

ويعارضه ما رواه ابن أبي ذئب عن أبي هريرة قال : قضى رسول الله ﷺ أيما رجل مات أو فلس ، فصاحب المتاع أحق به (٢).

فسوَّى في هذه الرواية بين الموت والفلس .

وأما الاعتبار : فإن مالكًا فرق بين الموت والفلس بناء على أن ذمة الغريم في الفلس قائمة ؛ فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه ، وذلك لا يتصور في الموت ، وهذا قياس معنى .

وأما الشافعي : فإنه قال : هذا مال لا يتصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال المفلس ، وهذا قياس .

وقياس مالك أولى من قياس الشافعي ، ويرجح حديثه على حديث [ابن أبي ذئب] (٣) من جهة موافقة القياس له ؛ وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى ، فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه .

ومن مثل ما خرَّج مالك خرَّجه عبد الرزاق .

فإذا قلنا : إنه في الفلس أولى بسلعته ، فإن أراد الغرماء أن يفتكوها

---

(١) أخرجه مالك (١٣٥٧) ، وأبو داود (٣٥٢٠) ، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٣٦٠) ، والحاكم (٢٣١٤) ، والدارقطني (٣ / ٢٩) ، وضعفه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٣) في أ : ذؤيب .

منه بالثمن الذي بيعت منه ،فهل لهم ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لهم ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه لا يجوز لهم أن يأخذوها إلى أن يزيدوه زيادة يحطونها عن المفلس من دينهم .

وهو قول أشهب في « العتبية » و« الموازية » ،و« الواضحة » .

وعلى القول بأنهم يأخذونها بالثمن من غير زيادة عليه ،هل يفتكونها بمال المفلس أو بأموالهم ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال [ق/ ١٤١/ ٢أ] :

أحدها : أن الثمن من مال الغريم ، وضمانها منه إن هلكت .

وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وبه قال ابن كنانة في «الواضحة» وغيرها .

والثاني : أن الثمن من مال الغريم ، أو من أموالهم [فأيًا] [1] كان فإنه يجوز ، وما كان فيها من وضيعة ، أو هلكت بكليتها ، فذلك من الغرماء، وضمانها منهم .

وهو قول ابن الماجشون في « العتبية » ، و« الموازية » ، و« الواضحة » وشبهها بعبد الرهن يجرح ، فأبى سيده أن يفديه ، ويسلمه فيفتكه المرتهن بأرش جنايته ، ثم يموت : فضمان ما أفتكه به المترهن منه ، ويتبع سيد العبد بالدين الأول ، دون ما فدى به العبد .

والثالث : التفصيل بين أن يتقدم إليهم المفلس ، أو لا يتقدم إليهم ؛ فإن تقدم إلى الغرماء ، فنقول لهم :إما أن تحبسوا السلعة كأنفسكم وتبروني

(١) في أ : فأي .

منها ، أو يكون ضمانها منكم ، وإلا فدعوه يأخذه .

فإن قال لهم هذا ، ثم حبسوها ودفعوا الثمن : فضمانها منهم ، ولا شيء منها على المفلس ، فما كان فيها من ربح ،ونماء فهو للمفلس .

وإن لم يتقدم إليهم : فضمانه منه .

وهذه رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب في «العتبية ».

وكذلك الحكم فيما إذا قبض بعض الثمن ويبقى البعض ، في جميع ما ذكرناه وبيناه .

وكذلك الحكم فيما يشبه البيع من جميع المعاوضات ؛ كالهبة للثواب وغيرها .

وأما الرد بالعيب إذا اشترى سلعة فوجد بها عيبا ، ثم ردها على البائع وقد فلس : فلا يخلو من أن يكون التفليس قبل الرد ، أو بعده .

فإن فلس البائع بعد أن ردت إليه السلعة وصارت في يده ، ثم قام المشتري بالثمن ، والسلعة قائمة بيد البائع ، هل يكون أحق بها من الغرماء أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يكون أحق بها من الغرماء .

والثاني : أنه لا سبيل له إلى السلعة ، وإنما يكون أحق بالثمن الذي دفع إن وجده بعينه في الموت والفلس ، فإن لم يجده بعينه فهو أسوة الغرماء .

وسبب الخلاف : الرد بالعيب هل هو نقض بيع ، أو بيع مبتدأ؟

فعلى القول بأنه بيع مبتدأ : يكون أحق بها في الفلس دون الموت.

وعلى القول بأنه نقض بيع : فلا حق له في السلعة ، وحقه في الثمن.

فإن فلس البائع والسلعة في يد المشتري ،والرد قد وجب هل يكون أحق بها من الغرماء حتى يستوفي الثمن أم لا ؟

أما على القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع : فلا خلاف في المذهب أن أحق بها .

وأما على القول بأنه نقض بيع : فالمذهب يتخرج على قولين .

أما من اشترى سلعة شراء فاسدًا ، ففلس البائع بعد أن رد المشتري السلعة : فإنه لا سبيل له إليها قولاً واحدًا ، وإنما حقه في عين ثمنه إذا وجده .

فإن فلس بعد أن فسخ البيع ، وقبل أن يرد المشتري السلعة ، هل يكون أحق بالسلعة حتى يستوفي ثمنها أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يكون أحق بها ، وهو قول سحنون ، وهو ظاهر« المدونة » من « كتاب الرهون » من مسألة : الرهن الفاسد.

والثاني : أنه لا يكون أحق بها ، وهو قول ابن المواز.

والثالث : أنه إن كان ابتاعها بنقد فهو أحق بها ، وإن ابتاعها بدين فلا يكون أحق بها ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول ابن الماجشون .

ولا خلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحق به في الموت والفلس جميعًا ، وما ذكرنا أن صاحبه يكون أحق به إذا أدركه بعينه؛ فتعيينه يكون بأحد وجهين:

إما ببينة تقوم على أنه عين شيئه ، وإما بإقرار المفلس به قبل التفليس .

واختلف إذا اعترق به بعد التفليس على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه قوله مقبول ، قيل : مع يمين صاحب السلعة ، وقيل : بغير يمين .

والثاني : أن قوله غير مقبول ، ويحلف الغرماء أنهم لا يعلمون أنها سلعته .

والثالث : أنه إن كان على أصل المعاملة ببينة قبل قوله في تعيينها ، وإلا لم يقبل .

وهي رواية ابن أبي زيد عن ابن القاسم في « ثمانيته » .

وأما العين فهو أحق به في الموت والفلس ما كان بيده .

واختلف إذا دفعه إلى من بايعه به ثم فلس أو مات ، وهو قائم يعرف بعينه ، هل يكون أحق به أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه يكون أحق به في الفلس دون الموت كالعروض ،وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا سبيل له إليه ، وهو أسوة الغرماء ،وهو قول أشهب .

وينبني الخلاف : على الخلاف في العين ، هل تصح الشهادة على عينه أم لا ؟

فإذا لم يعرف بعينه : فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس ،قولاً واحدًا .

وأما العمل الذي لا يتعين ؛ كالأجير على خدمة ، أو على خياطة فتوق ، أو صياغة ، أو حياكة ، وما أشبههم ممن لم يبع إلا العمل ، وهؤلاء إذا وقع التفليس قبل استيفاء العمل : فإنهم أحق بما عليهم من بقية العمل في الموت والفلس .

فإن وقع التفليس بعد الفراغ من العمل : فلا يخلو من أن يسلم السلعة

لصاحبها ، أو يمسكها عنده .

فإن حبسها عنده ، ولم يسلمها لربها : فإنه يكون أحق بها في الموت والفلس حتى يستوفي أجرته ؛ لأنها في يده كالرهون ،وهو مذهب المدونة.

فإن سلموها لأصحابها :فهم أسوة الغرماء في الموت والفلس ، إلا أن يخرج من عنده شيئًا ؛ كخياط أخرج من يده رقاعًا فرقع الثوب ، أو صباغ صبغ الثوب ، ولا شك أن هؤلاء أحق بما أخرجوه في الفلس ،وهو في الموت أسوة الغرماء .

واختلف في وجه العمل في ذلك ، على قولين :

أحدهما : أنه يكون أحق بما زاد في الثوب لأجل الرقاع والصباغ ، وهو قول محمد بن المواز في الصباغ .

والثاني : أنهما يكونان شريكين بقدر قيمة ما أخرجاه ، وهو قوله في «كتاب ابن حبيب » .

ويتخرج في المسألة قول ثالث : في عين الثوب ، وما قارب أجرتهما في عملهما تحاصا به مع الغرماء .

واختلف في الأجير على سقي الزرع ،وفي رب الأرض إذا أكرى أرضه، ثم فلس رب الزرع ، هل يكون الأجير ورب الزرع أولى بالزرع من الغرماء أم لا ؟ على أربعة أقوال :

أحدها : أنه أحق بالزرع في الموت والفلس ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم ،وهو ظاهر قول أشهب ، وابن القاسم في « كتاب ابن حبيب »؛ لأنهم قالا فيه : أن رب الأرض أولى بالزرع حتى يأخذ جميع الكراء إلا أن أن يدفعوا إليه ، وهو نص رواية أصبغ في أجير السقي .

والثاني : أنهما في الموت والفلس أسوة الغرماء ، وهو اختيار القاضي

أبي الوليد بن رشد .

والثالث : أنهما أحق بالزرع في الفلس ، وهما في الموت أسوة الغرماء، وهو نص المدونة فيهما جميعًا .

والرابع : الفرق بين [ق/ ١٤٢/ ٢أ] أجير السقي ، ورب الأرض ؛ فرب الأرض أولى به في الموت والفلس ، وأجير الأرض أولى به في الفلس وهو في الموت أسوة الغرماء ، وهذا القول حكاه أبو إسحاق التونسي رحمه الله .

فوجه القول الأول : أن الأرض لربها ، والأجير يده على ما أخرج لم يسلمه ؛ بل هو باق في حرزه ، وتحت يده ، فأشبه الصانع إذا فلس رب المتاع قبل أن يخرجه من يده .

ووجه القول الثاني : أن الأرض غير قابضة على ربها ، والزارع قد أخرج البذر والزرع عنه يكون ما أجرى الله عليه عادته ، وأطرد به سنته بين عباده ، ويده على الزرع والأجير على السقي ليس في يده من عمله شيء؛ لأنه في حكم المقبوض عنه ، فأشبه المستأجر على رعاية غنم ، أو إبل ، أو رحلها الذي هو محل الاتفاق .

ووجه القول الثالث : أن الأرض هي المتمة للزرع ، فكان ربها مخرجًا للزرع بما استأجر أرضه ، فأشبه بائع الزرع إذا أخرجوه من يده ، والأرض غير قابضة ، وأجير السقي كذلك أيضًا كأن عمله خرج من يده ، والزرع في ملك الزارع وتحت يده وفي حوزه ، لا في حوز الأجير بجواز بيعه إياه لمن يحصده في الحال .

ووجه القول الرابع : بالتفصيل أنه جعل الأرض قابضة على ربها والأجير خرج عمله من يده ، وحصل في حوزه غيره ، فكان أحق به

في الفلس مع قيامه خاصة .

وأما مكري الدابة أو مكتريها إذا فلس أحدهما : فإنهما أولى بما في أيديهما على تفصيل وتحصيل .

أما المكري إذا أكرى دوابه على حمل متاع إلى بلد ، فأفلس المكتري : فلا يخلو من أن يكون سائرًا مع داوبه ، أو تخلف عنها .

فإن سار معها : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنه أحق بما على ظهور دوابه في الموت ، والفلس ما دام المتاع على ظهور دوابه أو سفينته.

فإن فارق ظهور دوابه وقبضه ربه ، هل يكون المكري أحق به ، أو يكون أسوة ؟

فالمذهب على قولين متأولين على المدونة :

أحدهما : أنه يكون أسوة الغرماء في الموت والفلس ، وهو قوله في «العتبية » ، وهو ظاهر المدونة ؛ حيث قال : وهو كالرهن ، والرهن إنما يكون المرتهن أحق به ما دام في حوزه ، فإذا خرج من حوزه بطل حقه في الرهن .

والثاني : أنه يكون أحق به ،وإن فارق ظهور دوابه ،وقبضه المكتري وهو تأويل أحمد بن خالد على المدونة ،وتعلق في ذلك بقوله في «الكتاب»: ولأن على دوابه وصل إلى البلد .

فإن لم يكن معها المكري ، وإنما سلم دوابه للمكتري ، هل يكون الجمال أحق بها أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يكون أحق بالمتاع في الموت والفلس كما لو كان معها ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه يكون أسوة الغرماء في الموت والفلس ؛ قياسًا على الصانع إذا سلم العمل من يده .

والثالث : أنه يكون أحق به في الفلس ، وهو في الموت أسوة الغرماء؛ قياسًا على مكري الأرض ، وأجير السقي .

وسبب الخلاف : الأملاك هل هي قابضة على ملاكها أم لا ؟ فمن قال أنها قابضة على ملاكها قال : إنه يكون أحق بالمتاع في الموت والفلس لأن ظهورها حوز لما عليها ـ كان معها صاحبها أم لا .

ومن رأى أنها غير قابضة قال : يكون أسوة الغرماء في الموت ولظهور الدواب هناك بعض التأثير ، فأشبهت يد الساقي ؛ لأن المتاع ينمو في ثمنه بسير الدواب كما أن الزرع ينمو بسقى الساقي ،وأما المكتري فإنه أولى بالدواب والسفينة إذا فلس الجمال ، ورب السفينة حتى يبلغ الغاية التي إليها اكترى في الموت والفلس ؛ لأنه جائز بما معه من الجمال والسفينة .

وأما الدور والحوانيت إذا فلس أحد المتكاريين : فإذا فلس المكري : فإن المكتري أحق بها ، قولاً واحدًا ـ سكن أو لم يسكن ـ لأنه شيء بعينه فلس صاحبه ؛ كالسلعة المشتراه بعينها بفلس بائعها ، وهو قول ابن القاسم في «العتبية » ، و «الواضحة » .

فإن فلس المكتري ، هل يكون رب الدار والحانوت أولى بالمتاع أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يكون أحق به ، وهو أسوة الغرماء في الموت والفلس، وهو مذهب « المدونة » ، وهو المشهور في النقل .

والثاني : أن رب الدار أحق بما فيها كالدابة،هو قول عبد الملك ،على

ما نقله الشيخ أبو إسحاق التونسي ، غير أنه لم يبين إن كان أحق به في الموت والفلس ، أو في الفلس دون الموت.

وتلخيص القول في ذلك أن تقول : لا خلاف أن البائع أحق بما في يده في الموت والفلس ،ولا خلاف أيضًا أنه أحق بما أسلمه ، وأخرجه من يده فألقاه قائمًا أنه أحق به في الفلس ، وفي الموت أسوة الغرماء .

ولا خلاف أيضًا فيما لم يكن بيده ، ولا ألقاه عند مبتاعه قائمًا يعرف بعينه أنه فيه أسوة الغرماء في الموت والفلس .

وما يوجد من الخلاف في بعض المسائل فليس بخلاف لما أصلناه وحصلناه ، وإنما وقع الخلاف بينهم فيه ؛ لاختلافهم من أي قسم هو .

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين ، وصلواته على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وسلم تسليمًا كثيرًا [ق/ ١٤٣/ ٢أ].

❑❑❑



كتـاب المأذون له في التجارة



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد .

كتاب المأذون له في التجارة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها أربع مسائل :

المسألة الأولى

في الفرق بين الذمة والرقبة حقيقة وحكماً

فإن كان أكثر مسائل هذا الكتاب أحكامها جارية على ما يترتب في الذمة ، أو يكون في الرقبة ؛ فلأجل هذا يجب أن نبتدئ بها ، ثم نتعقبها بمسائل الكتاب على الولاء إن شاء الله ، فنقول ـ وبالله التوفيق : إن الفرق الحقيقي ؛وهو أن الرقبة عبارة عن شهامته ،وهيكله ، ودأبه ؛ فإذا قيل في حكم من الأحكام هو في رقبة فلان، فالمراد أن يقضي منها عينًا ،لا بدلاً .

وأما الذمة : فليست بعبارة عن ظرف ووعاء أثبتها الشرع لتكون محملاً للإلزام والالتزام شرعًا ، لا وجود لها في الأعيان ، وإنما وجودها في الأذهان ؛ كالإنسانية في الإنسان ، وكالحيوانية في الحيوان ؛ وذلك أن الآدمي لما فارق سائر الحيوانات بخطاب الشرع فارقها بذمة تكون محملاً للالتزام في العقود والحقوق والتمليكات ، وغير ذلك من أسباب الأحكام، وهو نوع كرامة لبني آدم لما أكرموا بالخطاب الملزم محقوق أكرموا بالمحل لذلك .

وأما الفرق الحكمي : فهوكل دين التزمه برضا من له الدين ، فهو في ذمته ، وسموا هذا بأنه دين معاملة .

وكل ما التزمه بغير رضاه فهو في رقبته ، وسموا هذا دين جناية .

ولاخلاف في أروش الجنايات أنها في الرقبة ، ولاخلاف أيضًا فيما استدانه بغير إذن سيده أنه لا يعلق بالرقبة ؛ بل هو في الذمة ما لم يفسخه السيد عنه ، وبينهما أوساط مشكلة ؛ وذلك أن ما استدانه بإذن السيد فيه للعلماء المتقدمين مذهبان :

فمن جعله في الرقبة قاسه على الجنايات ، ومن جعله في الذمة قاسه على الدين ،وبه نقول ـ نحن المالكية ـ والشافعية .

والفرق بينه وبين الجنايات : أن الخطاب في الجنايات للسيد لما كان قضاؤها من رقبة يملكها ، وخطاب السادات في الذوات ، والخطاب في الديون للعبد ، وخطاب العبيد في الأموال لتصديهم للمعاملات تصدي الأحرار لها ، بيد أنا نقول : تعلق الجناية بالرقبة خارج عن قياس الأصول، ومنهاج القواعد ، فإشكال الجناية وارد على المذهبين ، لازم للخصمين ، فدفعه متعين على الفريقين ، وفيه غموض ، وإزاحته [محالة] (١) على فن الأصول ، [والحمد لله وحده] (٢).

❑❑❑

(١) في أ : محال .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثانية
في إذن السيد لعبده في التجارة

ينبغي أن تعلم أن العبد ـ وإن قلنا نحن معاشر المالكية أنه يملك على الحقيقة ـ فإنه منزوع من التصرف في ماله ؛ لعقد الرق الذي ارتكب فيه؛ إذ لا يصح للمالك التصرف في ماله إلا بأربعة أوصاف :

البلوغ ، والحرية ، وكمال العقل ، وبلوغ الرشد .

فأما اشتراط الحرية : فلأن العبد ـ وإن كان يملك ـ فإن ملكه غير مستقر؛ إذ للسيد انتزاعه منه ، فهو محجور عليه فيه لحق السيد ، فلا يجوز له فعل ، ولا تصرف إلا بإذن سيده .

فإن أذن له السيد : فلا يخلو إذنه من أن يكون إذنًا مطلقًا ، أو يكون إذنًا خاصًا .

فإن كان إذنًا عامًا : فتصرفه في جميع أنواع المعاوضات جائزة على اختلاف أنواعها وتباين صفاتها من المتأخر ، ولا اعتراض عليه ، وله أن يبيع بالدين أو يشتري به ، ولا خلاف في ذلك .

فإن كان إذنه إذنًا خاصًا : فلا يخلو من أن يكون خاصًا بالصيغة، والإشهاد ، أو خاصًا بالصيغة دون الإشهاد.

فإن كان إذنًا خاصًا بالصيغة والإشهاد ، والإشهار على رؤوس الأشهاد؛ مثل أن يأذن له في نوع له من المتاجر ، وأشهر ذلك وأعلنه : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب نصًا أنه محجور عن التصرف فيما عدا ذلك النوع ، وأنه فيه باق على المنع ، وأن من عامله في غير ذلك النوع قد عرض ماله للتلف .

وإن كان إذنًا خاصًا بالصيغة دون الإشهاد والإشهار ؛ مثل أن يأذن له في نوع من المتاجر ، ولم يشهر ذلك ، هل يجوز له أن يتصرف في غير ذلك النوع ، ويلزم السيد ؟ وهل يجوز له أن يبيع بالدين أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لازم للسيد ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، في أول « كتاب المأذون » ؛ حيث قال : لأنه أقعد للناس ، ولا يدري الناس لأي أنواع التجارة أقعده ، فيجوز له أن يبيع بالدين وغيره ، وهو قول أصبغ في التحجير في الدين ؛ إذ لا فرق بين أن يحجر عليه في التجارة في الدين ، أو يحجر عليه في التجارة في نوع من الأنواع.

والثاني : أنه لا يجوز له أن يتجر في الدين إذا حجر عليه في التجارة به، وهو قول سحنون ، وكذا يلزم على قوله إذا حجر عليه في التجارة في نوع من المتاجرة .

وأما الرشد : فإن الله تعالى جعل الأموال قوامًا للعيش ، وسببًا للتجارة ، وصلاحًا للدين والدنيا ، ونهى عن إضاعتها وتبذيرها في غير وجوهها ؛ نظرًا منه لعباده ، ورأفة بهم ، فقال تعالى : ﴿ **وَلا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا (٢٦) إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ** ﴾ [١]، وقال سبحانه : ﴿ **وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا** ﴾ الآية [٢] .

وأمرنا أن لا نمكن منه السفهاء ؛ حراسة لها من أن تبذر وتنفق في غير وجوهها ؛ فقال تبارك وتعالى : ﴿ **وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ** ﴾ [٣].

وأما اشتراط البلوغ : إذ لا يصح الرشد من صبي لضعف ميزه بوجوه

---

(١) سورة الإسراء الآيتان (٢٦ ، ٢٧) .

(٢) سورة الفرقان الآية (٦٧) .

(٣) سورة النساء الآية (٥) .

منافعه ، ولا من مجنون ؛ لسقوط ميزه وذهاب رأيه .

فوجب الاحتياط للأموال ، وقطع مادة النظر عنها بأن يمنع من التصرف فيها من ليس من أهل التصرف فيها ، ويحجر عليه ، ويحال بينه وبينها؛ خشية الإضاعة لها ، امتثالاً لأمر الله فيها .

وأما البلوغ : فحده الاحتلام في الرجال ، والحيض في النساء ، أو يبلغ أحدهما من السن أقصى سن من يحتلم ، وقد اختلف فيه عندنا من خمسة عشر إلى ثمانية عشر عامًا .

وأما العقل : فمحله القلب عند مالك ، على مشهور مذهبه ، وحده: علوم يتميز من اتصف بها عن البهيمة والمجنون ؛ كالعلم بأن الاثنين أكثر من واحد ، وأن الضدين لا يجتمعان ،وأن السماء فوقنا والأرض تحتنا ، وأن الجمل [لا يلج] (١) في سم الخياط .

فحد البلوغ وكمال العقل تدرك معرفتهما بأدنى حظ من النظر والاستدلال .

وأما الرشد حده في المال ، فحبس النظر ، ووضع التصرف فيها، واختلف هل من شرط كماله الصلاح في الدين أم لا ، على قولين قائمين من كتاب الأيمان في الطلاق وغيره ، وهو مما يخفى ولا تدرك معرفته إلا بطول الاختبار في المال والتجربة له فيه ؛ ولهذا المعنى وقع الاختلاف بين أهل العلم في الحد الذي يحكم فيه للإنسان بالرشد ، ويدفع إليه ماله ، ويمكَّن من التصرف فيه ،والاختلاف في هذا إنما هو على حسب الأحوال ؛ وهي تنقسم على أربعة أقسام :

حال الأغلب من صاحبها السفه ، فيحكم له فيها ، بحكمه وإن ظهر رشده .

---

(١) سقط من أ .

وحال محتملة للرشد والسفه ، والأظهر من صاحبها الرشد : فيحكم له به ما لم يظهر سفهه ، على اختلاف كثير من أصحابنا في هذه الأقسام على ما سنبينه إن شاء الله .

والجواب عن الحال الأول : الذي يحكم له فيها بحكم السفه ،وإن ظهر رشده ؛ فمنها حال الصغير : فلا خلاف في المذهب أن الصغير ـ الذي لم يبلغ الحلم من الرجال ، والتي لم تبلغ الحيض من النساء ـ لا يجوز له التصرف في ماله بالمعروف من هبة ، ولا صدقة ، ولا عتق ، وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي إن كان ذا أب ، أو وصي .

فإن باع أو اشترى ، أو مغل ما يشبه البيع أو الشراء [ق/ ١٤٤/ ٢أ] مما يخرج عن عوض ، ولا يقصد فيه إلى معروف : كان موقوفًا على نظر وليه ـ إن كان له وليّ ـ فإن رآه سداداً ، أو غبطة : أجازه وأنفذه ، وإن رآه خلاف ذلك : رده وأبطله .

وإن لم يكن له وليّ قدم له القاضي وليًا ينظر له ، وإن غفل عن ذلك حتى يلي أمره : كان النظر إليه في إجازة ذلك أو رده .

واختلف إذا وافق فعله السداد ،والنظر مما كان يلزم الوليّ فعله، هل له أن يرده ، ولا سيما إن تغير ذلك بنماء أو نقصان ؟ على قولين ؛ ومشهور المذهب أن ذلك له .

وعلى القول بأن له أن يرده هل يستحب له إمضاء فعله أم لا ؟

على قولين ، كليهما متأول على المدونة :

أحدهما : أنه يستحب له الإمضاء في الجميع ، وهو ظاهر قوله في «المدونة » لإطلاقه،وعله اختصر المختصرون ، وألاَّ فرق بين العتق ، والصدقة ، والبيع .

والثاني : أنه يستحب ما لله فيه قربة أن يمضى دون ما بينه وبين العباد ، وعليه تأول ما في المدونة ،وهو قول أشهب في سماعه ، ويلزم ما أفسد أو كسر مما لم يؤتمن عليه في حاله .

واختلف فيما أفسد أو كسر مما ائتمن عليه على قولين :

أحدهما : أنه لا يلزمه ، وهو مذهب « المدونة » وعليه الجمهور .

والثاني : أنه يلزمه ، وهو قول ابن كنانة .

ومنها حال البكر ذات الأب أو الوصي ما لم تتعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها ، أو ما لم تتزوج ،ويدخل بها زوجة على مذهب من لا يعتبر تعنيسها .

ومنها حالة من ثبتت عليه ولاية من قبل الأب ، أو سلطان حتى يطلق منها على قول مالك وجميع أصحابه إلا ابن القاسم قال : إن بيعه وشراءه جائز إذا كان سداداً .

والجواب عن الحال الثاني : التي يحكم له فيها بحكم الرشد ، وإن علم سفهه :

فمنها حال السفيه إذا كان لم تثبت عليه ولاية من قبل أب أو سلطان على اختلاف بين أصحاب مالك في ذلك ، وقد اختلفوا فيه على أربعة أقوال :

أحدها : أن بيعه وشراءه وقضاءه جائز حتى يولي عليه ، وسواء خرج من الولاية بالبلوغ وإيناس الرشد منه ، أو لم يخرج منها من يوم بلغ إلى وقته ،وبه قال ابن كنانة ، وابن نافع ، وأكثر أصحاب مالك .

والثاني : أن بيعه وشراءه وقضاءه في ماله لا يجوز جملة بلا تفصيل؛ لأنه لم يزل في ولاية السلطان مذ كان ، والسلطان وليّ من لا وليّ له ،

وليس ترك السلطان ما يلزمه من التولية عليه مما يخرجه من ولايته .

وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« المدونة » .

والثالث : التفصيل بين أن يتقدم عليه الحجر والولاية ثم خرج برشد الحال ، ثم حجر عليه ثانية ، فتكون أفعاله نافذة ماضية ، فإن لم يأت عليه حال رشده ،وهو منذ بلغ سفيهًا : فأفعاله مردودة كما قال ابن القاسم لأنه لم يخرج من ولاية السلطان .

وهو قول مطرف ،وابن الماجشون في « كتاب ابن حبيب » .

والقول الرابع : أنه إن كان معروفًا بالسفه ، معلنًا به .

فأفعاله له غير جائزة ، وإلا فأفعاله جائزة جملة بلا تفصيل بين أن يتصل سفهه أم لا .

وهو قول أصبغ في « العتبية » .

والجواب عن الحال : التي يحكم له فيها بحكم السفه ما لم يظهر رشده: فمنها حال الابن بعد بلوغه في حياة أبيه ، على الخلاف بين أصحابنا في ذلك ، وقد قدمناه في أول « كتاب النكاح الأول » ، وقد كنا استقرأنا من « الكتاب » ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يكون رشيدًا بنفس البلوغ ، ويخرج من ولاية الأب .

والثاني : أنه لا يخرجه من ولايته إلا الرشد ، وصلاح الحال ، وهو قوله في « كتاب الصدقة » وغيرها .

والثالث : التفصيل بين النفس والمال ، وهو تأويل الشيخ أبي محمد بن أبي زيد على « المدونة » ، وهذا في المجهول الحال .

ومنها : حال البكر ، أو اليتيمة التي لا وصي لها إذا تزوجت،ودخل بها زوجها من غير حد ، ولا تفرقة بين ذات الأب واليتيمة ، على رواية

ابن القاسم عن مالك ، خلافًا لمن حد في ذلك حدًا ، أو فرق بين ذات الأب واليتيمة ، على ما سنذكره بعد إن شاء الله .

والجواب عن الحال : التي يحكم له فيها بحكم الرشد ما لم يظهر سفهه :

فمنها حال البكر المعنس ـ على مذهب من يعتبر تعنيسها ـ وقد اختلف في حده .

أو التي دخل بها زوجها ، ومضى لدخوله بها العام ، أو العامان أو السبعة الأعوام ، على الاختلاف في الحد المؤقت في ذلك بين من وقته .

ومنها : حال الابن ذي الأب بعد بلوغه ، والابنة البكر بعد بلوغها على رواية زياد عن مالك .

ولا يخرج عن هذا التفصيل الذي فصلناه وقسمناه شيء من الخلاف الحاصل بين أصحابنا في هذا الباب ،وأنا أذكر من ذلك ما حضر في حفظي بأقرب تلخيص ، وأحسن تحصيل : أما الابن فهو في ولاية أبيه ما دام صغيرًا لا يجوز له فعل إلا بإذن أبيه ، فإذا بلغ فلا يخلو أمره من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون معلوم الرشد .

والثاني : أن يكون معلوم السفه.

والثالث : أن يكون مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه .

فإن كان معلومًا بالرشد : فأفعاله جائزة ليس للأب أن يرد منها شيئًا وإن لم يشهد على إطلاقه من الولاية ، فقد خرج منها ببلوغه مع ما ظهر من رشده .

وأما إن كان معلومًا بالسفه : فلا يخرجه الاحتلام من ولاية أبيه، وأفعاله كلها مردودة غير جائزة .

وأما إن كان مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه : فقد اختلف فيه المذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه محمول على السفه حتى يثبت رشده ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الصدقة » ، و« الهبة » ؛ حيث قال : ليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى يعرف حاله ، ويشهد العدول على صلاح أمره ، وهو ظاهر سائر الروايات عنه ، وعن مالك في « المدونة » وغيرها .

والثاني : أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه ، وأنه بالاحتلام يخرج من ولاية أبيه إذا لم يعرف سفهه ولا رشده ، روى ذلك زياد عن مالك ، وهو ظاهر ما وقع في أول « كتاب النكاح الأول » من « المدونة ».

والثالث : التفصيل بين النفس والمال؛ ويحمل على الرشد في نفسه، وعلى السفه في ماله ، وهو تأويل أبي محمد على « المدونة » في قوله : وإذا احتلم الغلام ، فله أن يذهب حيث شاء ، إلا أن يخاف عليه من ناحية السفه ، فللأب أن يمنعه ،وقال الشيخ أبو محمد : يريد بنفسه لا بماله .

والرابع : أنه لا يخرج بالاحتلام من ولاية أبيه حتى يمر به العام ونحوه، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه .

ولا زلت قط أتأمل قوله في « كتاب النكاح الأول » أنه إذا احتلم يجوز أن يذهب حيث يشاء ، فأباح له الأسفار والجولان في الأمصار بغير رضى الأب والاختيار .

ووقع في «العتبية » من رواية أشهب عن مالك أنه سأله رجل فقال : إن ابني تزوج امرأة ، وهو يريد أن يذهب معها ويدعني وأنا شيخ كبير لا

أقدر على نزع الشوكة من رجلي ؟

فقال : إن كان قد بلغ ،وليس بسفيه ولا ضعيف العقل ، وهو يلي نفسه : فذلك جائز له ، وهو رجل يخرج إن شاء إلى العراق ، وإن كان لايلي نفسه ، وهو سفيه مأخوذ على يديه : فليس ذلك له .

فانظر كيف أباح له مالك الخروج إلى العراق إذا كان رشيدًا ـ شاء الأب أو أبى ـ ومنعه في مشهور مذهبه أن يخرج لحجة الفريضة إلا بإذن أبويه وهذا الذي لم أزل أتفكر فيه مع عموم الأزمان .

فإن كان في ولاية وصي : فلا يخلو من أن يكون وصيًا من قبل الأب، أو من قبل القاضي .

فإن كان وصيًا من قبل الأب ، هل يخرج من الحجر بإطلاق الوصي أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يخرج منه بإطلاق الوصي ، وإن لم يعلم رشده إلا من قوله ، وهو مصدق فيما يذكر من حسن [ق/ ١٤٥/ ٢أ] حاله كالأب .

والثاني : أنه لا يجوز إطلاقه إلا أن يتبين رشده وحسن حاله ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » .

فإن كان وصيًا من قبل القاضي ـ أعني : مقدمًا : فقد اختلف في إطلاقه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يطلقه من ولايته إلا بإذن القاضي الذي قدمه عليه .

وهو قول ابن زرب وغيره ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في وصي الأب ، فكيف عند وصي المقدم من جهة القاضي .

والثاني : إن إطلاقه جائز دون إذن القاضي ، وإن لم يعلم رشده إلا من قوله .

والثالث : أنه إذا عرف بالرشد ، واشتهر به جاز إطلاقه دون القاضي ، وإذا لم يعرف إلا من قوله : فلا يطلقه إلا السلطان .

والثلاثة الأقوال حكاها بعض الشيوخ .

واختلف هل حكمه مع الوصي كحكمه مع الأب في الخروج من الحجر بنفس البلوغ على قولين :

أحدهما : أنه حاله مع الوصي كحاله مع الأب ، وأنه يخرج من ولاية الوصي إذا علم رشده أو جهل حاله ، على الخلاف المتقدم ، وهو ظاهر ما وقع في « كتاب الهبة » ،و« الصدقة » من « المدونة » من قوله : وقد منعهم الله من أموالهم مع الأوصياء بعد البلوغ بالرشد ، فكيف مع الآباء الذين [هم] [1] أملك بهم من الأوصياء ، وإنما الأوصياء بسبب الآباء .

ونحوه لابن الماجشون في « الواضحة » قال : إن البكر إذا عنست أو نكحت : جازت أفعالها ـ كانت ذات أب أو وصيّ ـ .

والثاني : أن أفعالها كلها مردودة ،وإن علم رشدها ما لم تطلق من ثقاف الحجر الذي لزمه ، وهذا هو المشهور الذي عليه أكثر أصحاب مالك.

وأما الابنة البكر : فلا خلاف في المذهب أن أفعالها مردودة غير جائزة ما لم تبلغ المحيض ، فإذا بلغته فلا يخلو أمرها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن تكون ذات أب.

والثاني : أن تكون يتيمة ذات وصي ، وقد أوصى عليها الأب ، أو قدم عليها السلطان .

والثالث : أن تكون يتيمة لا وصي لها من قبل أب،ولا مقدماً من قبل السلطان.

فإذا مات الأب ،فاختلف فيها المذهب على سبعة أقوال :

أحدها :واية زياد عن مالك أنها تخرج بالحيض من ولاية أبيها ، ومعنى

---

(١) سقط من أ .

ذلك ـ والله أعلم: إذا علم رشدها أو جهل حالها ، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته .

والثاني : أنها باقية في ولاية أبيها حتى تبلغ ويدخل بها زوجها ويعرف من حالها ، ويشهد العدول على صلاح أمرها .

وهو قول مالك في «الموطأ » ، و« المدونة » ،و« الواضحة » من رواية مطرف عنه ، فعلى هذا ما لم تنكح أو يدخل بها زوجها في الولاية أفعالها مردودة ،وإن علم رشدها ، فإذا دخل بها زوجها حُملت على السفه وردت أفعالها ، فإذا ظهر صلاحها وعلم رشدها خرجت من ولاية أبيها وإن كان ذلك بقرب بناء زوجها بها .

والثالث : أنها في ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بها زوجها ، ويعرف صلاح حالها ، وهي رواية عن مالك في « كتاب الكفالات » أيضًا في اعتبار التعنيس محمولة على الرشد جائزة أفعالها ما لم يعلم سفهها .

والرابع : أنها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

فعلى هذا القول تكون أفعالها قبل دخول زوجها مردودة ،وإن علم رشدها ، وبعد دخول زوجها ما بينها ،وبين القضاء العام جائزة الأفعال ما لم يعلم سفهها .

والخامس : أنها في ولاية أبيها حتى يمر بها عامان ، وهو قول ابن نافع في « العتبية » .

والسادس : أنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سبعة أعوام ، وهذا القول يعزى إلى ابن القاسم .

والسابع : أنها تخرج من ولاية أبيها إذا مضى لها في بيت زواجها من

الستة الأعوام إلى السبعة ما لم يجدد عليها الأب السفه قبل ذلك ، وهو اختيار ابن زمنين .

فعلى القول بتجديد السفه عليها بعد الدخول ، وقبل انقضاء المدة التي حدت لجواز أفعالها ، ثم تراخى الأمر إلى أن يبلغ ذلك الحد ، ثم يموت الأب بعد ذلك ، هل يلزمها حكم الولاية أم لا ؟ فبين المتأخرين قولان :

أحدهما : أن إيصاء الأب عليها لازم لها كتجديد السفه عليها الذي لا تخرج منه إلا بثبات رشدها بالبينة العادلة .

والثاني : أن ذلك لا يلزمها بخلاف تجديد السفه عليها ، بمنزلة الأب يولي على ابنته البكر ثم زوجها ، فتقيم مع زوجها سبع سنين ، أو أكثر فيموت : أن الإيصاء ساقط عنها .

وأما إن كانت يتيمة ذات وصي من قبل أب أو سلطان : فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما : أنها لا تخرج من الولاية ،وإن عنست ، أو تزوجت ودخل بها زوجها ، وطال زمانها : لم تطلق من ثقاف الحجر الذي لزمها بما يصح إطلاقها منه ، وهذا هو المشهور في المذهب .

والثاني : أن حالها مع الوصي كحالها مع الأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح مع طول المدة وتبين الرشد ، وهي رواية مطرف ، وابن عبد الحكم ، وعبد الرحيم عن مالك .

وأما إن كانت يتيمة لم يولَّ عليها بأب ولا وصي : فقد اختلف فيها على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض ، وهو قول سحنون في «العتبية » ، وهو قول الغير في « كتاب النكاح الثاني » في باب نكاح

التفويض إذا رضيت بأقل من صداق مثلها ، وهي رواية زياد عن مالك .

والثاني : أن أفعالها مردودة ما لم تعنس ، وهو أحد قولي مالك في «كتاب الكفالات » .

واختلف في حد تعنيسها على خمسة أقوال :

أحدها : ثلاثون سنة ، وهو قول ابن الماجشون .

والثاني : من الثلاثين إلى دون الأربعين ،وهو قول ابن نافع .

والثالث : أربعون ، وهي رواية مطرف عن مالك ، وأصبغ عن ابن القاسم .

والرابع : من الخمسين إلى الستين ، وهي رواية سحنون عن ابن القاسم.

والخامس : أن حد تعنيسها أن تقعد عن المحيض ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في « المدونة » قال : لا تجوز أفعالها حتى تعنس ،وتقعد عن المحيض ، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها ، وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشد قبل انقضاء هذه المدة العام ، وهو قول ابن الماجشون،وإليه ذهب ابن العطار .

وقيل : ثلاثة أعوام ونحوها .

وقيل : السنتين ،والثلاثة ، وهو اختيار محمد بن أبي زمنين، [والحمد لله وحده] [١].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة
في معرفة ما يلزم السفيه من إقراره وأفعاله

أما ما كان من حقوق الله تعالى التي أوجبها على عبادة في بدنه وماله، فإنه يلزمه ما وجب في بدنه من حد أو قصاص ، ويلزمه الطلاق ـ كان بيمين حنث بها أو بغير يمين ـ وكذلك الظهار ، وينظر له وليه فيه بوجه النظر ؛ فإن رأى أن يعتق عنه ويمسك عليه زوجته فعل ، وإن رأى ألا يعتق عنه ، وأزال ذلك الفراق بينهما كان ذلك له .

وهل له أن يكفر بالصيام رقبته ؟ وهل منعه الولي العتق أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يجوز أن يكفر بالصيام إذا كان له مال يحتمل رقبته وهذا هو المشهور .

والثاني : أنه يجوز له أن يكفر بالصيام إذا لم ير وليه أن يكفر عنه بالعتق ، وهو قول ابن المواز .

والثالث : أن الوليّ يكفر عنه بالعتق ـ كان ذلك منه أول مرة ، فإن عاد إلى الظهار لم يعتق عنه ؛ لأن المرة الواحدة تأتي على الكليم والسفيه وهو قول ابن كنانة .

وعلى القول بأنه لا يكفر عن بالعتق ، هل يدخل عليه الإيلاء أم لا ؟

فأمَّا على قول من ذهب أنه لا يجوز أن يكفر بالصيام ، فإنه لا يدخل عليه إذا طلبت المرأة ذلك ؛ لأنه لم يبق له أمر ترضى بالتربص ، وهو قول أصبغ ،ويحتمل أن يضرب له من أجل الإيلاء لعل الزوجة ترضى بالمقام معه بلا وطء، كما قال في « كتاب الظهار » [ق/١٤٦/ ٢أ] و« كتاب

الإيلاء » مع الاحتمال أن يرشد في باقي الأجل ، ويملك التصرف في ماله، فيكفر بالعتق .

وأما على مذهب من يرى أن يكفر بالصيام : فإنه يضرب له أجل الإيلاء إذا تراخى عن الصيام ،وطلب المرأة ذلك .

وأما الإيلاء فلا يخلو من أن يدخل عليه بسبب يمين الطلاق وهو فيها على حنث ، أو حلف على ترك الوطء، فلا يخلو من أن يكون يمينه بعتق، أو صدقة ، أو ما لا يجوز له فعله ، ويحجر عليه في ذلك وليه لم يلزمه به الإيلاء .

وإن كانت بالله تعالى ، فيلزمه الإيلاء إذا لم يكن له مالٌ ، وإن كان له مال ، فقولان :

أحدهما : أنه لا يلزمه الإيلاء ، وهو المشهور .

والثاني : أنه يلزمه ،وهو قول ابن المواز .

وإن كانت يمينه بصلاة ، أو صيام ، أو ما أشبه ذلك مما يلزمه : لزمه به الإيلاء ، ولا تلزمه هبة ، ولا صدقة ، ولا عتق ،ولا شيء من المعروف في ماله ، إلا أن يعتق أمَّ ولده ، فقد اختلف في لزومه على قولين :

أحدهما : أنه يلزمه عتقها ؛ لأنها تشبه الزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع بالوطء، وهو المشهور .

والثاني : أنه لا يلزمه عتقها .

وهل يتبعها مالها أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يتبعها ، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه .

والثاني : أنه لا يتبعها ، وهي رواية يحيى عن ابن القاسم .

والثالث : التفرقة بين أن يكون مالها قليلاً ، أو كثيراً ؛ فيتبعها إذا كان

قليلاً ، ولا يتبعها إذا كان كثيرًا ،وهو قول أصبغ : وأما ما كان من حقوق الآدميين على الخلوص ؛ كبيعه وشرائه ،ونكاحه ،وما أشبه ذلك مما يخرج على عوض ،ولا يقصد به المعروف : فإنه موقوف على نظر وليِّه إن كان له وليّ ؛ فإن رأى أن يجيزه جوزه ، وإن رأى أن يرده رده بوجه النظر له والاجتهاد .

فإن لم يكن له وليّ : قدم القاضي ناظرًا ينظر له في ذلك نظر الوصي.

وإن لم يفعل حتى ملك أمر نفسه : كان هو مخير في رد ذلك وإجازته.

فإن رد بيته وابتياعه ، وكان أتلف الثمن الذي باع ، أو السلعة التي ابتاعها :فلا يخلو من أن ينفق الثمن فيما لابد له منه ،أو في غيره .

فإن أنفقه في غير واجبه مما هو عنه في غنى : فإنه لا يتبع بذلك ، ولا يتقرر في ذمته .

وإن أنفقه فيما لابد له منه مما يلزمه إقامته من ماله ، فهل يتبع بذلك في ماله أم لا ؟

على قولين متأولين على « المدونة » ،ولا خلاف أنه لا يتبع بذلك في ذمته .

فإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة ، فأولدها أو أعتقها ، أو غنمًا فتناسلت ، أو بقعة فبنى فيها ، أو شيئًا له غلة فاغتلها: كان حكمه في جميع ذلك حكم من اشترى من مالك فيما يرى فاستحق من يده ما اشترى بعد أن أحدث فيها ترد إلى المولى عليه الأمة التي ولدت من المشتري وقيمة ولدها ، على اختلاف قول مالك في ذلك .

وإن كان الولد من غيره بتزويج : أخـذه مع الأم ، وكذلك يأخذ الغنم ونسلها ، وكان عـليه فيما بناه قيمـة بنائه قائمًا ، وكان الغلـة التي اغتل له بالضمان ، وهو قول أصبغ في « كتاب ابن حبيب » .

هذا كله إن لم يعلم بأنه مولى عليه لا يجوز بيعه .

وأما إن علم أنه مولى عليه : فهو متعد في البيع بغير إذن وليه لسفـهه، فحكم المشتري حـكم الغاصب يرد الغـلة ، علـى الخــلاف المألـوف فـيه ، ويكون له فيما بناه قيمته منقوضًا .

واختلف فيـما فوت السفيه من مالـه بالبيع ،والهبة وغـير ذلك ، فلم يعلم به حتى مات ، هل يرد بعد الموت أم لا ؟ على قولين .

وكذلك اختلف إذا تزوج ،ولم يعلم وليه بنكاحه حتى مات ، هل ترثه المرأة ، ويلزمه الصداق أم لا على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أنه لا ميراث لها ،ولا صداق إلا أن يدخـل بها ، فيكون لها قدر مـا يستحـل به فرجـها ، وهـو قول مطـرف ، وابن المـاجشـون في «الواضحة» .

والـثانـي : أن لها الميراث وجميع الصـداق ، وهو أحد قولي مالك في «المدونة » في النكاح الذي لأحد الزوجين ، أو لغيرهـما إجـازته أو رده ، وهو اختيار ابن القاسم .

والـثالـث : أن لها الميراث ، وينظر الولـي في النكاح ؛ فإن كان نكاح غبطة هل لو نظر فيه الولي في حيـاته لم يفسخه ،وأجازه فلها الصداق مع الميراث دخل بها أم لا .

فإن كان نكاح غيـر غبطة مما لو نظر فيه الولي لـم يجوزه : وجب لها الميراث ، وردت الصداق دخل بها أم لا ، ويترك لها في الدخول ربع دينار

وهو قول أصبغ .

والقولان المتقدمان لابن القاسم .

وينبني الخلاف : على الخلاف في فعله ، هل هو على الرد حتى يجاز، أو على الجواز حتى يرد ؟

فإن كانت المرأة هي التي ماتت ، وبقي المولى عليه فقولان أيضًا.

أحدهما : أن النظر لوليه قائم ، فإن رأى إجازة ذلك خير له وغرم الصداق لما يأخذ من الميراث أجازه ، وإلا رده ، وهو الذي على قول مطرف ،وابن الماجشون ، وأحد قولي ابن القاسم إذا مات الزوج .

والثاني : أنه جائز ، ويكون لها الصداق ، ويرثها الزوج ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن موضع النظر قد فات ومضى .

واختلف هل يجيزه الولي على النكاح ، أم لا كما يجيز الصغير على قولين قائمين من المدونة ، وقد بيناهما في « كتاب النكاح الأول » ، وهما منصوصان في « الواضحة » .

وكذلك اختلف أيضًا هل يخالع عنه بغير إذنه أم لا ؟ على قولين :

فله في « المدونة » : أنه لا يخالع عنه إلا بإذنه ،وله في « العتبية » من رواية عيسى عنه أنه يخالع عنه بغير إذنه كالصبي ، وهو قائم من « المدونة » على القول بأن الخلع حكمه حكم المعاوضة المحضة ، [والحمد لله وحده][1] .

◻◻◻

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة
في الإذن في التجارة، هل يتناول الإجارة؟

اعلم أن أرباب المذهب اختلفوا في الإذن في التجارة هل ينتظم الإذن في الإجارة أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه يتناوله وينتظمه ، وهو مذهب ابن القاسم ، ومن تابعه على ذلك ؛ لأنه أباح للمأذون له في التجارة أخذ القراض ، وذلك محض الإجارة .

والثاني :أنه لا ينتظمه ولا يقتضيه ، وهو مذهب أشهب وسحنون ومن تابعهما ؛ ولأجل ذلك منعًا المأذون له في التجارة من أخذ القراض ورأياه من باب الإجارة .

وشبهة ابن القاسم : أن الإجارة عنه مقصوده حصول المالية على أي وجه كان ، وقد تحصل ذلك بالإجارة حصوله بالتجارة ؛ لأنه عوَض في مقابلة معوض ، والإجارة في تحصيل مقصودة الذي هو استجلابَ المال، واكتسابه كالتجارة ، فوجب أن يفهم الإذن بها إذنًا الإجارة ؛ إذ لا مضادة بينهما في باب المقصود .

وشبهة سحنون وأشهب : أن التجارة لا يستفاد من الإذن بها إذن في الإجارة ؛ لأن الإجارة سبب لرفع التجارة ، وتعطيل حركتها ؛لأن التجارة إنما تحصل بانتهاز الفرص ، وتجرع الغصص ،وطلب الغرة والتماس الغفلة،ومخالطة التجار ، ومجالستهم ،والتصرف معهم وبينهم ،وارتصاد الأوقات ، والتصرف في الحالات التي تحصل الأرباح فيها ، وهذا الاستعداد يبطل بكونه أجر نفسه ، كما يبطله بيعه لرقبته ؛ لأن منفعته ملك من أملاك السيد ؛ فبالطريق الذي به يمنع له بيع رقبته يمنع به بيع منافعه له؛ ولأنه متصرف بالإذن فلا يتعدى تصرفه محل الإذن .

وما قاله ابن القاسم أظهر ؛ لأنه أذن له في طلب الكسب .



كتاب الرهـــون



كتاب الرهون

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها اثنتا عشرة مسألة .

المسألة الأولى

في الرهن المشاع

أصل الرهن معناه [(١)]: اللزوم ، وكل شيء ملزوم، فهو [رهين][(٢)]، يقال: هذا مرهون لك أي : محبوس دائم لك ، وكل شيء ثبت [لك] [(٣)] ودام فهو رهن ، يقال : أرهنتك ، فأنا راهن [ق/ ١٤٧/ ٢أ] ، وأنت مرتهن بكسر الهاء ، ولا يقال إرتهنت ، وأما المرتهن ـ بفتح الهاء: فالشيء المرهون ، ويسمى رهنًا بالمصدر .

وقد ينطلق المرتهن ـ بفتح الهاء ـ على آخذ الرهن ؛ لأنه وضع عنده الرهن ، وينطلق على الرهن ؛ لأنه سبب للرهن ، فإذا ثبت ذلك ، فرهن المشاع جائز عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة .

ثم لا يخلو ذلك المشاع من وجهين :

أحدهما : أن يكون مشاعًا يملك الراهن جميعه ، أو يكون مشاعًا بينه وبين غيره .

فإن كان مشاعًا يملك جميعه ، فلا يخلو من أن تكون يده باقية على ما لم يرهنه ، أو رفع يده عنه .

فإن رفع يده ، وقبض المرتهن جميع المشاع ، وحازه : فلا خلاف في المذهب في الجواز .

---

(١) القاموس المحيط (ص/ ١٥٥١) .

(٢) في ب : رهن .

(٣) سقط من أ.

وإن بقيت يد الراهن مع المرتهن : فالمذهب على قولين [قائمين] (١) من المدونة :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، ولا يصح فيه [الحوز] (٢) للمرتهن مع بقاء يد الراهن عليه ؛ لأن القدر الذي حازه المرتهن مجهول غير معلوم وهو قول ابن القاسم في أول كتاب الرهون .

والثاني : أنه يجوز ، وتكون يد الراهن [والمرتهن] (٣) [متساويين](٤)في الرهن [في] (٥) التصرف فيه ، وبذلك يكون المرتهن أحق من الغرماء ، وهذا القول قائم من المدونة من كتاب الرهون من مسألة الذي رهن رهنًا من رجلين ، فقضى لأحدهما ما له عليه من الدين ، فإن له أخذ حصته من الرهن ، فهذا نص قوله في المدونة (٦).

فإذا رجع نصف الرهن إلى يد الراهن، فقد عاد الرهن مشاعًا بين الراهن والمرتهن .

والقولان منصوصان في المذهب .

فإن كان مشاعًا بينه وبين غيره ، فرهن الراهن حصته من المشاع ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون [الرهن] (٧) مما [يتحول] (٨) ويزول ، [أو مما لا يتحول

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الحق .

(٣) بيان في أ .

(٤) في أ : سواء .

(٥) في أ : و .

(٦) المدونة (٤/ ١٦٤).

(٧) سقط من أ .

(٨) في ب : يحول .

ولا يزول] [١].

فإن كان مما [يتحول به] [٢] ويزول ؛ كالعبد والدَّابة ، والثوب : فلا يخـول من أن يكون عـلى يد المـرتهن وحـده ، أو يكون تحت يـده ، ويد الشريك .

فإن كان علـى يد المرتهن وحده أو عـلى يد غيرهمـا : فلا خلاف في الجواز .

وإن كان علـى يديهما جمـيعًا ـ يد المرتهـن والشريك ـ فالمذهـب على قولين :

أحـدهـمـا : أنه رهن جائـز محوز ، وهو قول ابن القاسـم في المدونة وغيرها.

والـثانـي : أنه لا يكون حوزًا ، ولا ينتفع به المـرتهن ما دامت عليه يد الشريك، وهو قول أشهب .

ولو كان العـبد أو الثوب عند الـشريك وتحت يده : فلا يـخلو من أن يكون حائز للمرتهن ، أو غير حائز له .

وإن رضي الشريك أن يكون حائزًا للمرتهن ، وكان بإذنه : فلا خلاف في الجواز ، ويكون رهنًا محوزًا .

وإن كان بغيـر إذن [المرتهن] [٣]: فإنه يتخرج علـى قولين قائمين من المدونة [٤]:

أحدهما : أن ذلك حوز .

---

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : يحول .

(٣) في ب : الشريك .

(٤) المدونة (٤ / ١٣٣) .

والثاني : أن ذلك ليس بحوز .

وينبني الخلاف : على الخلاف في حوز الغير ، هل هو حوز ، وإن لم يأذن المحوز له في ذلك ؟ وهو قائم من مسألة رهن فضلة الرهن ، ومسألة من وهب خدمة عبده لرجل سنة ، ثم رقبته لآخر .

فإن كان غير جائز له ، ولا رضي بذلك : فالرهن غير محوز ، قولاً واحدًا .

ولا خلاف عندنا أن الحوز مشروط في الرهن ، خلافًا للشافعي الذي يقول [إنه] [١] بنفس الرهن صار مقبوضًا محوزًا ،والدليل على ما نقوله : قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [٢]؛ فوصفه الله بصفة زائدة على تسميته رهنًا .

فإذا ثبت ذلك ، فحوز كل شيء على حسبه .

فإن كان الرهن مما يبان كالثوب والعبد وسائر العروض لم يصح الحوز إلا بمعانية البينة لقبض المرتهن ، أو من وضع على يده .

وأما ما لا [يتحول] [٣] ولا ينقل ؛ كالدور والأرضين ، وما لا يمكن البينونة به ؛ كالسفن والأعدال فيجزئ في ذلك الإقرار والتسليم ويكون المرتهن رقيبًا ومانعًا للراهن أن يضع يده على تلك الأشياء المرهونة .

وكذلك الأرضون والشجر والبساتين : فالإقرار بالتسليم والمرتهن يمنع الراهن في المستقبل من التصرف فيه ، على حسب ما هو مذكور في الأمهات ، فلا نطول في إيراده [والحمد لله وحده] [٤].

(١) سقط من أ .

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٣) .

(٣) في ب : يحول .

(٤) زيادة من ب .

[المسألة الثانية] (١)

في تعدي أحد المتراهنين في بيع الرهن

ولا يخلو بيعه من أن يكون بتعدي الراهن ، أو بتعدي المرتهن .

فإن كان بتعدي الراهن فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل قبض الرهن، أو بعده .

فإن كان ذلك قبل قبضه فلا يخلو من أن يبيعه مبادرة أو بعد التراخي.

فإن باعه مبادره دون توان من المرتهن في القبض ، فإن لم يعلم المرتهن بالبيع فله نقض البيع ، واسترجاع الرهن قولاً واحدًا ، إلا أن يرضى الراهن بتعجيل الحق وكان مما له تعجيله ، ويجبر المرتهن على قبضه كالعين وعروض [العوض] (٢) ، وفي رد البيع إن علم قولان :

أحدهما : أن البيع في الرهن ماض ، ويكون الثمن رهنًا ، وهو تأويل أبي محمد على المدونة من قوله لأن تركك إياه حتى باعه ، وقد أمكنك أخذه يدل أنه إن لم يتراخ في القبض لم يبطل الرهن ومضى البيع ، وكان ثمنه رهنًا .

والثاني : أن البيع لا يجوز ويرد ، ويبقى رهنًا .

وإن باعه بعد توان المرتهن وتراخيه عن القبض ، فهل له رد البيع أم لا؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أن البيع ماض ولا يرد ، وهو قول مالك وابن القاسم في

---

(١) في ب : المسألة الثالثة .

(٢) في أ : العروض .

المدونة في مسألة ميمون [١] أن البيع ماض ، وليس له أخذه برهن غيره ، قال : لأن تركك إياه حتى باعه ، وقد أمكنك منه كتسليمك بذلك، وبيعك الأول غير منتقض ، وهو قوله في بعض روايات كتاب محمد، وهو قائم من المدونة من كتاب الصدقة [والهبات] [٢] في الواهب إذا باع الهبة قبل القبض ، وهو قول أشهب في « النوادر » [٣].

والثاني : أن للمرتهن أن يرد البيع وينقضه ، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة ، فيمكن من ذلك ، وهو أحد قولي مالك في كتاب محمد أيضًا، وعليه اختصر أبو محمد في المختصر ، وعليها نقل في « النوادر » أيضًا قال : « وليوضع له رهنًا إلى أجله »، وعليها نقل ابن أبي زمنين من كتاب محمد أيضًا ، وهو قول عبد الملك فيمن غر برهن ثم استحق ، فهو في التعدي على الرهن بعد صحته أبين .

والثالث : التفصيل بين أن يكون موسرًا ، أو معسرًا .

فإن كان الراهن موسرًا نقد البيع ، وعجل للطالب حقه .

وإن كان معسرًا ، لم [ينفذ] [٤] البيع في الرهن والرهن على حاله، والبيع مردود ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

والرابع : التفصيل بين أن يكون الرهن مشروطًا في عقد البيع أو القرض، أو تبرع به بعد العقد .

فإن كان مشروطًا في أصل العقد فللمرتهن نقض البيع ، واسترجاع الرهن مع القيام ، إلا أن يأتيه برهن ثقة .

---

(١) المدونة (٤ / ١٥٥) .

(٢) سقط من أ .

(٣) النوادر (١٠ / ١٧٠) .

(٤) في أ : ينقض .

وإن تبرع به بعد العقد : فلا مقال للمرتهن في نقض البيع ، ولا الرجوع في عين شيئه ، وهذا القول لبعض المتأخرين .

وعلى القول بأنه لا مقال له في نقض البيع ، هل له في الثمن مقال أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه لا مقال له في الثمن ، وأنه للراهن ،ولا يعجل له الحق، ولا يوضع له رهن آخر [ق / ١٦٥ ب] ، ولا ينتقض ما بينهما من بيع أو قرض ، وهو قول مالك ، وابن القاسم في كتاب محمد ، وهو قول أشهب في الهبة في أول كتاب الصدقة من المدونة .

والثاني : أن له في الثمن مقالاً ؛ لأنه عوض رهنه ، فيوقف له رهن، ويطبع عليه ، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة فيأخذه ، وهو قول ابن الماجشون في الغرور بالرهن ، وهو قول ابن القاسم في مسألة الهبة في كتاب الصدقة من المدونة .

وهذ ذلك بيمين المرتهن أنه ما رضى ببيع الرهن [ما لا] [١] ليكون الثمن رهنًا ثقة لحقه ، أو بغير يمين ؟

فإنه يتخرج على قولين .

وسبب الخلاف : اختلافهم في السكوت هل يعد كالرضا أم لا ، وهو أصل [ينبني] [٢] عليه كثير من فروع المذهب [وبالله التوفيق] [٣].

وأما الوجه الثاني من الوجه الأول : إذا باع الراهن بعد قبض المرتهن ،

---

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : بنينا .

(٣) زيادة من ب .

وحوزه إياه فلا يخلو من [أن] [١] يبيعه بإذن المرتهن ، أو بغير إذنه .

فإن باعه بإذنه : فلا يخلو من أن يسلم له الرهن ، أو يبيع وهو في يده .

فإن سلمه المرتهن للراهن ، وخرج من يده ، فباعه الراهن فقد خرج من الراهن ، ولا حق له في الثمن ولا في المثمون ، وهو قوله في المدونة، وقيل : إنه يحلف ويكون أولى بالثمن من الغرماء إذا أسلمه، وهو قول أشهب في « الموازية » .

فإن باعه الرهن وهو في يد المرتهن ، ولم يسلمه في يده [إلى] [٢] المبتاع : فإنه يأخذ منه الثمن بعد أن يحلف أنه ما أذن له في البيع إلا لإحياء الراهن لا ليأخذ الراهن الثمن ، ويقال للراهن : إما أن تأتي برهن ثقة ، وتأخذ الثمن ، وإلا بقى الثمن رهنًا مطبوعًا عليه .

فإن [ق / ١٤٨ / ٢أ] باعه إذن المرتهن : فلا يخلو من أن يبيعه بجنس الدين ، أو بغير جنسه .

فإن باعه بجنسه قدرًا وصفة : فلا يخلو من أن يكون الدين مما يقدر على تعجيله ، أو مما لا يقدر على تعجيله ، وكان مما يجبر الطالب على قبوله كالعين وعروض القرض فالبيع نافذ ، ولا مقال في ذلك للمرتهن، ويجبر على قبول حقه إذا دفعه إليه الراهن .

فإن كان الدين مما لا يقدر على تعجيله كعروض البيع ، أو طعامه ، أو كان مما يملك تعجيله إلا أن الراهن لم يرض بتعجيله لم يجز البيع ، وللمرتهن رده وفسخه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

فإن أجازه المرتهن جاز ، ويجبر المرتهن على تعجيل الحق ، وهذا كله معنى ما في المدونة .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا تعدى المرتهن وباع الرهن : فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل الحلول أو بعده ،فإن كان ذلك قبل حلول الدين : فإن البيع يفسخ ويوقف على يد عدل لئلاً يتعد عليه المرتهن ، فيبيعه مرة أخرى .

فإن كان بعد الحلول : فلربه نقضه أيضًا ، ويدفع ما عليه أيضًا للمشتري إن كان ما عليه من الدين مثل الثمن الذي دفع فيه المشتري.

وإن كان الثمن أكثر من الدين : فإن المشتري يتبع المرتهن ببقية ثمنه .

وإن كان الدين أكثر من الثمن : فإن المرتهن يرجع على الراهن ببقية دينه .

وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وأشهب معه في « الموازية » مع قيام السلعة .

فإن فاتت عند المشتري : غرم المرتهن أكثر من الثمن والقيمة.

❐❐❐

[المسألة الثالثة] (١)

في الرهن يستحق

ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أنه يستحق كله .

والثاني : أن يستحق بعضه .

فإن استحق كله ، فلا يخلو الرهن المستحق من أن يكون مضمونًا أو معينًا .

فإن كان مضمونًا ، فلا يخلو من أن يستحق قبل القبض أو بعده .

فإن استحق قبل القبض ، فإن الراهن يجبر على أن يأتي بغيره ؛ لأن الرهن في الذمة .

فإذا أعطاه [ ] (٢) بقي الرهن في ذمته على حاله .

فإن استحق بعد القبض ، فلا يخلو من أن يكون غره به أو لم يغره .

فإن غره به ، فيخير في أخذ سلعته إن كانت قائمة أو قيمتها مع [ ](٣) أو يأتيه برهن ثقة .

فإن لم يغره به ، هل يتعين بالقبض أو يجبر على أن يأتيه برهن ثقة ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتعين بالقبض ، ويكون له حكم المعين ، قاله أبو إسحاق

---

(١) سقطت هذه المسألة بكاملها من أ ، وتم إثباتها من ب .

(٢) طمس في ب.

(٣) طمس في ب .

التونسي ـ رحمه الله .

والثاني : أنه لا يتعين بالقبض ، ويجبر على أن يأتيه برهن آخر ، وهو قول سحنون .

فإن كان الرهن معينًا ، فلا يخلو من أن يغره به ، أو لم يغره به .

فإن غره به ، فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يجبر الراهن على خلفه ، ويكون مقال المرتهن في سلعته ، ولا يجبر المرتهن على قبوله ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يجبر عليه ، ويأتي برهن آخر ، وهو قول عبد الملك .

والثالث : أنه لا يجبر على أن يأتي به .

فإن أجبره المرتهن على أن يأتي به ، فإن أتى به خير المرتهن على قبوله، وإن لم يأت به عاد مقال المرتهن في سلعته ، وهو قول محمد بن الموّاز .

والرابع : أنه يجبر على تعجيل الحق ، وهو قول سحنون في «العتبية»، فإن لم يغره به ، فلا يخلو ذلك من أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده .

فإن كان قبل القبض ، فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن البائع بالخيار في سلعته بين أن يمضيها بغير رهن أو يردها إن كانت قائمة أو يأخذ قيمتها إن كانت فائتة .

وسواء تطوع برهن آخر أم لا . وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه إن طاع وأَقَرَّ بِهِ أُجبر على قبوله .

فإن لم يطع به كان بالخيار في سلعته ، وهو قول ابن الماجشون .

والثالث : أنه لا مقال له في سلعته ، ولا في قيمتها إن فاتت ، ولا في

رهن آخر ، وإنما مقاله في الثمن خاصة ، وهو قول مالك في بيع الرهن؛ لأنه قال : إذا تعدى الراهن على الرهن ، فباعه قبل القبض ،لم يكن فيه للمرتهن مقال في رد بيع الرهن ، ولا في أخذ ثمنه ،ولا في سلعته ، ولا في ثمنها إن بيعت .

وإذا لم يكن له مقال إذا تعدى عليه بالبيع ،كان إذا استحق أبين .

فإن كان الاستحقاق بعد القبض لم يكن فيه للمرتهن مقال .

واختلف فيما يفوت السلعة على القول بأنه يكون أحق بها ما لم تفت على قولين :

أحدهما : أن حوالة الأسواق تفيتها ،وهو المشهور من المذهب .

والثاني : أنه لا يفوتها إلا العيوب المفسدة ، وهو قول ابن المواز .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم إذا استحق نصف الرهن.

فإن النصف الباقي رهنٌ لجميع الحق ، ثم إن ضاع الرهن ،فلا يخلو من أن يكون الراهن حاضرًا أو غائبًا .

فإن كان حاضرًا وكان ضياعه في يد المرتهن ،فنصفه للراهن دون النصف المستحق ؛ لأنه عنده أمانة .

فإن وضعاه على يد المستحق أو غيره ، فلا ضمان على المرتهن .

فإن كان الراهن غائبًا ،فطلب المستحق أن يوضع على يده أو على يد فلان أو طلب ذلك المرتهن ،لم يكن ذلك لواحد منهما دون نظر الحاكم .

فإن وقفه على يد المستحق أو غيره ،فضاع لم يضمن المرتهن شيئًا ،ولو ادعى المرتهن ضياعه قبل الاستحقاق ، وكان ضياعه على يده ،ضمن نصيب الراهن إن كان الرهن مما يغاب عليه .

وفي نصيب المستحق قولان :

أحدهما : أنه يضمنه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن يحلف لقد ضاع ثم لا شيء عليه .

فإن قال المستحق :أنـا أبيع حصتي ، قيل للراهن والمرتـهن بيعا معه ، ويقال للمرتهن لا تسلم رهنك .

فإذا بيع كان الثمن رهنًا في يديه بجميع حقه .

فإن أراد الراهن أن يأتي برهن ثقة إلـى أجل الدين ، ويأخذ العين كان ذلك له ، ولا حجة في ذلك للمرتهن .

وإن أراد تعجيل الـدين من ثمن الرهن ، فلا يخلـو ذلك الدين من أن يكون مما يقدر على تعجيله أو لا يقدر على تعجيله .

فإن كان الديـن مما يقدر الذي علـيه على تعجـيله قبل أجلـه ، فله أن يعجـله من ثمن الـرهن ، ويجبر المـرتهن على قـبوله ؛ إذ لا تبعـه له في التأخير .

فإن كان الدين مما لا يقدر على تعجـيله إلا برضا المرتهن ، فإن تراضيا على التعجيل ، فذلك جائز .

فإن طلـبه أحدهما وأبى الآخـر ،كان ذلك لمن أبى منـهما قيمتـها يوم باعها أو يـوم رهنها ، ويتعجل الحـق مع الحلول ، ويبقى إلـى أجله إن لم يحل على ما فصلنا ، وهو قول أشهب في كتاب محمد .

وهذا كله إذا علمت صفته ببينة ، أو تصادقا [المتراهنان] [1] عليهما .

فإن جهل الراهن والمرتهن صفته ، فالمذهب على قولين :

أحـدهـما : أن المرتهن يحلـف على ما باعه به ، ثم يجعـل ما بيع به

(١) في أ : المرتهنان .

ثمنه، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» [1].

والثاني : أن عليه قيمته يوم باعه على الصفة التي كان عليها يوم ارتهنه، أو صفته يوم باعه إن كانت أفضل من صفته يوم ارتهنه ، وهو قول عبد الملك ، وابن حبيب في « الواضحة » ، والحمد لله وحده .

❐❐❐

(١) البيان والتحصيل (١١/ ١٠٨) .

المسألة الرابعة
في ضمان الرهان

اختلف فقهاء الأمصار في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه؟ على ثلاثة مذاهب :

أحدها : أن الرهن أمانة ، وهو من الراهن ،والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه ، ولا جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأحمد ، وأبو ثور ، وجمهور أهل الحديث .

والثاني : أن [ضمان] (١) الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة ، وجمهور الكوفيين .

والذين قالوا بالضمان انقسموا على ثلاثة طوائف :

فمنهم من يقول : إن الرهن بما فيه من الدين ـ كانت قيمته أقل من الدين أو مثله أو أكثر منه ،ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء [من دينه] (٢).

ومنهم من يقول : هو مضمون بقيمته قَلَّت أو كثرت ، وأنه إن فضل للراهن شيء من قيمة رهنه رجع به على المرتهن ، وإن فضل للمرتهن شيء [من دينه] (٣) لكون الرهن أقل من الدين : رجع به المرتهن على الراهن ويروى ذلك عن ابن عمر ، وعليّ بن أبي طالب ، وعطاء ، وإسحاق رضي الله عنهم ، ومنهم من قال : إنه ينظر ،فإن كان الرهن مثل الدين أو

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب .

أكثر منه : فهو رهن بما فيه ، وإن كان أقل من الدين ذهب من الدين بقدره، ورجع المرتهن على الراهن فيما نقص من حقه .

والمذهب الثالث : التفصيل بين ما يغاب عليه أو ما لا يغاب عليه ، وهو مذهب مالك ، والأوزاعي ، وعتبان الليثي - رضي الله عنهم .

وسبب الخلاف : تعارض الآثار ، وتجاذب الاعتبار ؛ فمنها حديث ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « **لا يغلق الرهن - وهو ممن رهنه - له غنمه وعليه غرمه** »(١)، وبهذا احتج من جعله أمانة محضة غير مضمون أبى له غلته ، وخراجه وعليه فكاكه ومصيبته منه .

ومن طريق المعنى : أن الراهن قد رضى أمانة المرتهن ، فأشبه المودع.

ومنها ما روى عن النبي ﷺ أن رجلاً رهن فرسًا لرجل ، فنفق في يديه ، فقال النبي ﷺ للمرتهن : « **ذهب حقك** »(٢) ، وبهذا استدل من يقول : إن ضمانه من المرتهن ، وربما تأولوا قوله عليه السلام : «له غنمه وعليه غرمه »، أن غنمه [ما فضل منه على الدين](٣) ، وغرمه ما نقص.

وعمدتهم من طريق النظر : أنه عين تعلق به [حق](٤) الاستيفاء ابتداء ،فوجب [أن يسقط تبعتها](٥) [بتلف](٦) أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفي حقه في الثمن ، [وهذا](٧) متفق عليه عند

---

(١) أخرجه مالك(١٤١١) ، وابن ماجة (٢٤٤١) ، وابن حبان (٥٩٣٤) ، والحاكم (٢٣١٥) ، والدارقطني (٣ / ٣٢) ، والبيهقي في الكبرى (١١٠٠١) ، وضعفه الشيخ الألباني - رحمه الله تعالى .

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٥٤٤٩) ، وهو ضعيف .

(٣) في ب : ما فضل من الدين .

(٤) سقط من أ .

(٥) بياض في ب .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : وهو .

الجمهور ، إلا مالك فإنه قد اختلف فيه قوله ، هل حكمه حكم الرهن أم لا .

وأما مالك ـ رحمه الله ـ فقد فصل بين ما يغاب عليه [وما لا يغاب عليه : فأما ما يغاب عليه] (١) فإنه ينقسم إلى ما هو غير مستقل [بنفسه](٢) كالثياب ، والبسط ،والسلاح ، وما أشبه ذلك ، وإلى ما يغاب عله ، ودخل المرتهن على ألا [يغاب] (٣) عليه ، ودخل على أن يبقى في موضعه كالثمار في رؤوس النخل ، والشجر ، والزرع القائم: فهذا [حكمه] (٤) حكم العبيد والحيوان في سقوط الضمان ، وثبوته ، على ما نصف إن شاء الله .

فأما ما يغاب عليه مما لا يستقل بنفسه كالثياب ،وسائر العروض : فلا يخلو من أن تقوم البينة على الضياع أو لم تقم .

فإن قامت البينة على تلف الرهن بغير سبب المرتهن ، هل يسقط عنه الضمان أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : سقوط الضمان [عنه] (٥) مع قيام البينة [على] (٦) التلف، وهو قول ابن القاسم في المدونة (٧) وغيرها.

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : نفسه .

(٣) في أ : يغيب .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : مع .

(٧) المدونة (٤ / ١٣٩) .

والثاني : أنه ضامن مع قيام البينة ،وهو قول أشهب [١] .

وسبب الخلاف : هل ضمانه ضمان تهمة أو ضمان أصل ؟

والصحيح أنه ضمان تهمة ؛ لأن الرهن لم ينقل الملك ، وهلاك كل ملك من مالكه .

فإن اشترط المرتهن إسقاط الضمان فيما فيه الضمان : فلا يخلو من أن يكون الشرط في عقد البيع والقرض ، أو تبرع به بعد العقد .

فإن اشترطه في [أصل] [٢] العقد ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك الشرط لا يفيد ، ولا يغير الضمان الواجب عليه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن الضمان يسقط عنه بالشرط وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : من اشترط شرطًا لا يفيد ، هل يوفي له [بعمدة][٣] شرطه أم لا ؟

وأما إن تبرع به بعد العقد : كان له شرطه ، قولاً واحدًا ؛ إلا أن تطوعه بالرهن معروف منه ، وإسقاط الضمان معروف ثان ، إلا أن يتناول فيه الخلاف من مسألة العارية ؛ لأن مشهور المذهب فيها أن الضمان لا يسقط عن المستعير بشرطه ؛لأن ذلك من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه ، وهو أصل مختلف فيه.

وأما لا يغاب عليه مما هو مستقل بنفسه كالعبيد والحيوان ، وما هو غير مستقل بنفسه إلا أنه دخل المرتهن على ألاَّ يغيب عليه ؛ فأما ما لا ينقل ولا

---

(١) النوادر والزيادات (١٠ / ١٨٨ ـ ١٨٩) .

(٢) في أ : «أهل »والصواب ما أثبتناه من ب .

(٣) في أ : بفائدة .

يتحول كالدور ،والأرضين ، وجميع الثمار ، والأشجار المتعلقة بها والزرع القائم ، أو ما كان في الجرين ،والأندر مما [لا] (١) يمكن المغيب عليه ، ولا يكاد [يكون] (٢) هلاكه يخفى على أحد :فإن المرتهن مصدق إذا ادعى ضياع ذلك ، قولاً واحدًا .

وأما العبيد وسائر الحيوان : فلا يخلو المرتهن من أن يدعي الهروب أو الموت ؛ فإن ادعى إباق العبيد ، وهروب الحيوان : فالقول قوله فيما يدعيه ؛ لأنه أمر لا يكاد المرتهن يقيم عليه البينة ؛ لأنه [كثير ما] (٣) يكون ذلك في وقت الغفلة [و] (٤) في حين لا يمكن إقامة البينة به ؛ قال مالك : لأن أصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه.

وأما إن ادعى الموت : فإنه يصدق ، ويقبل قوله ما لم يتبين كذبه وهو قول [مالك] (٥) في المدونة (٦) والموازية ؛ ومعنى ذلك أنه يصدق إذا ادعى موته في الفيافي ،والقفار ،وبحيث لا يدرى صدقه من كذبه لأن أصله على الأمانة .

وإن ادعى ضياع ذلك بموضع لا يخفى هلاكه كالقرى ، والمناهل وحيث يكون الناس ، ولم يعلم أحد منهم موت ذلك :فلا يصدق .

واختلف هل من شروطهم أن يكونوا عدولاً أم لا ؟ على قولين قائمين من المدونة .

فإذا قلنا إنه لا يضمن ما لا يغاب عليه إذا ادعى الضياع بموضع لا يعلم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) المدونة (٣/ ٣٨٤) .

صدقه من كذبه [ق / ١٤٩/ ٢٠٢أ] ، وأن قولـه في ذلك مقبول ، وهل يصدق مع يمينه أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه [يصدق] [1] دون يمين .

والثاني : أنه يقبل قوله مع يمينه .

والثالث : التفصيل بين المتهم ، فيحلف وغير المتهم فلا يحلف .

والأقوال الثلاثة لأصحابنا المتأخرين ،وعلى القول بأنه يحلف على الجملة ؛ كان متهمًا أو غير متهم .

أنه إن كان غير متهم يحلف :ما ضيعت ، ولا فرطت،ويزيد إن كان متهمًا ،ولقد ضاع .

وأما ما يُغاب عليه، فقد اختلف في يمينه [مع] [2] وجوب الضمان عليه على قولين :

أحدهما : أنه يحلف وهو قوله في «العتبية »،وقال ابن مزين [يحلف][3]: لقد ضاع بلا دلسة دلسها فيه ، ولا علم له موضعًا منه .

والثاني : أنه لا يمين عليه ،وهو قول الشعبي ، وقال : كيف يحلف ويضمن إلا أن يقول الراهن : أخبرني مخبر صدق أنه رأى الرهن عنده قائمًا ،وأنه كذب في دعواه ، فحينئذ يحلف ،وإلى هذا ذهب ابن لبانة

فإن اشترط الراهن وجوب الضمان على المرتهن فيما لا يغاب عليه هل يوفى له بشرطه أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين على المدونة :

---

(١) في أ : لا يصدق .

(٢) في أ :و .

(٣) سقط من أ .

أحدهما : أنه شرطه باطل ، ولا يوفى له بشرطه ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أنه يوفى له به قياسًا على إسقاط الضمان ،فيما فيه الضمان إذا اشترط ذلك على قول أشهب ؛ لأن الشرط في مسألتنا أحد بأحد القولين ؛ لأن الحيوان مختلف في ضمانه من غير شرط بين أهل المذهب .

وقد وقع عندنا في المذهب ما يشبه مذهب أبي حنيفة في وجوب الضمان في الحيوان ، وهو ما رواه أبو الفرج في « الحاوي » عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله ، وتلف عنده ،أنه لا يضمن إلا نصفه يريد النصف [المرهون] [1] ، وأما النصف الباقي، فهو فيه مؤتمن .

فإذا كنا نقول بهذا ،فبأن يضمنه على الشرط أولى ، فإذا قلنا بوجوب الضمان ، أما فيما يغاب عليه مع عدم البينة .

والشرط قولاً واحدًا ، وأما مع [عدم] [2] الشرط فيما لا يُغاب عليه على الخلاف فيما يضمنه فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما : أنه يغرم قيمته يوم ضاع عنده .

والثاني : أنه يغرم قيمته يوم ارتهنه.

والقولان لابن القاسم في « العتبية » وحجة مالك ـ رضي الله عنه ـ في تفريقه بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه هي أن الرهن [ق / ١٦٦ب] يجري مجرى [الأمانات] [3] المحضة .

ولا يجري [مجرى] [4] المضمون المحض ؛ لأنه أخذ شبهًا من الأمرين

(١) في أ : المرتهن .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : الأمانة .
(٤) سقط من أ .

فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد ؛ وذلك لأن [الأمانات] [١] المحضة هي التي لا ينفع فيها لقابضها ، بل النفع فيها للمالك كالوديعة.

والمضمون المحض هو ما كان النفع [فيه لقابضه] [٢] بل النفع [فيه][٣] للمالك كالوديعة .

والمضمون المحض هو ما كان النفع [فيه لقابضه] [٤] كله كالقرض أو تعدي جناية كالغصب ،وفي مسألتنا لم يكن تعديًا ولا جناية فيضمن ، وما لا ينفرد المالك بالمنفعة ، فيسقط الضمان عن المرتهن ، وكانت المنفعة لهما، أما للمالك ،فلكونه حصل له ما ابتاعه أو أتلفه ، وبقى الدين في ذمته لأجل الرهن ولولاه لم يملك ، وللمرتهن لحصول التوثق له فلم يقبضه لمالكه ، فلم يجز أن يتفرد بحكم أحدهما : على التجديد لأخذه شبهًا منها جميعًا، وإنما وجب به في الجملة ألا يحكم فيه بحكم أحدهما ، ووجب الفصل بينهما حصل من ذلك ما قلناه، فهذه نكتة المسألة وفقهها ،وهذا هو الاستحسان الذي [انفرد به] [٥] مالك .

[وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي ذهب إليه مالك كثيراً فضعفه][٦] قوم وقالوا له : مثل استحسان أبي حنيفة في تقديمه القياس الجلي على أخبار الآحاد .

وحد الاستحسان عند الأصوليين : اختيار القول بغير دليل [٧].

---

(١) في ب : الأمانة .

(٢) في أ : فيها لقابضها .

(٣) في أ : فيها .

(٤) في أ : فيها لقابضها .

(٥) في أ : ذهب إليه .

(٦) سقط من أ

(٧) انظر : الفصول في الأصول (٣ / ٢٢٣) ، وأصول الفقه لابن مفلح (٤ / ١٤٦١) =

وذهب قوم إلى أنه حجة قوية ؛ لأنه جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك ، فليس هو قول بغير دليل ،وهو اختيار القاضي أبى الوليد الباجي ، [والحمد لله وحده] [1].

❏❏❏

= والمنخول (ص/ ٤٧٦) ، والغيث الهامع (٣ / ٨١٠).

(١) زيادة من ب .

المسألة الخامسة

في (غلة) (١) الرهن

وأجمع [العلماء] (٢) على أن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان ،واختلفوا في الحيوان ، فذهبت طائفة إلى أن الرهن إذا كان حيوانًا :شاة، أو بقرة ، أو ناقة ، أو دابة له أن يحلب الشاة ، والبقرة ، والناقة ، ويركب الدابة بقدر ما يعلفها ، وعليه نفقة ما يركب ويحلب .

وهو [قول] (٣) أحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه .

وقال جمهور أهل العلم :

ليس له أن ينتفع بشيء من الرهن حيوانًا كان أو غيره ،وبه قال مالك ، والشافعي - رضي الله عنهما .

وسبب الخلاف :

اختلافهم في قوله ﷺ : « **الرهن محلوب [و] (٤) مركوب بقدر نفقته** » فمن قال : أن للمرتهن أن يستعمل الحيوان [و] (٥) [الدابة] (٦) حمل الحديث على ظاهره ورأى [أن] (٧) ذلك مباح للمرتهن ، ومن

---

(١) في ب : غلات.

(٢) في ب : المسلمون .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ب : الدواب .

(٧) سقط من أ .

قال: إنه لا ينتفع من الرهن بشيء ، فإنه يصرف الكلام [عن] [١] ظاهره بالتأويل ،ويكـون معنى قوله ﷺ : « **الرهن مركـوب ومحلوب بنفـقته** » معناه أن غلاته وكراء ظهره للراهن ؛ لأن عليه نفقته ، ويعضد هذا التأويل ما رواه ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا يحلب أحدكم ماشية أحد إلا بإذنه** » [٢].

فإذا قلنا بمذهب مالك ـ رحمه الله ـ أن المرتهن ليس له من نماء الرهن، ولا من غلته شيء .

فهل يدخل ذلك في الرهن أم لا ؟

فذلك على ضربين : نما متميزًا عن الرهن ، ونما غير متميز عنه .

فأما من كان غير متميز عنه كسمن الدابة ، والجارية ، وكبر الصغير وما أشبه ذلك ، فلا خلاف أنه يدخل في الرهن ، وأمـا ما كـان متميـزًا عنـه، فذلك أيضًا على وجهين :

أحدهما : أن يكون [على] [٣] خلقته وصورته .

والثاني : ألا يكون على خلقته وصورته .

وأما ما كان على خلقته وصورته كالولد ، فإنه داخل مع الأم في الرهن من بني آدم وسائر الحيوان ، وكذلك ما كان في معناه من فسلات النخيـل، فإنه داخل مع الأصول في الرهن .

فأمـا ما لم يكـن على خـلقته ، وصـورته كثـمر النـخل ولبن الغـنم وصوفها، وكراء [الدور] [٤] وخراج العبد ، فقد اختلف فيه المذهب على

---

(١) في أ : على .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٠٣) ، ومسلم (١٧٢٦) .

(٣) في أ : في .

(٤) في ب : الدار .

قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يدخل في الرهن ، كان متولدًا عنه كثمر النخل ، ولبن الغنم ، وأصوافها .

أو غير متولد عنه ككراء الدابة ،وخراج العبد ، وهذا هو المشهور في المذهب [المعول عليه] (١) من قول مالك .

والثاني : أن ذلك كله داخل في الرهن كان متولدًا عنه أم لا ،وهذا القول مروي عن مالك أيضًا على ما نقله القاضي أبو الوليد بن رشد [رحمه الله] (٢) أيضًا .فإذا قلنا بالقول المشهور الذي عليه الجمهور أن [الغلة] (٣) لا تكون رهنًا مع الأصول ،فهل يجوز ارتهانها [على] (٤) التجديد دون الأصول أم لا ؟

فلا تخلو الغلات المرهونة من أن تكون موجودة في حين الرهن ، أو غير موجودة بعد .

فإن كانت موجودة ،فلا خلاف في المذهب في جواز رهنها، وجوزها أن تحيز الأصول معها ، فإذا قامت الغرماء ، فإنه يكون أحق [بالغلة] (٥) دون الأصول ، فإن كانت الغلات [غير] (٦) موجودة في حين الرهن بعد، وإنما ارتهن [منه ما يأتي من الثمار و] (٧) ما يأتي من غلات .

وما يأتي من الغلات ،فلا يخلو من أن يكون ذلك في أصل عقد البيع

---

(١) في ب : المعمول به .

(٢) زيادة من ب .

(٣) في ب : الغلات .

(٤) في أ : مع .

(٥) في ب : الغلات.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ .

أو بعد العقد ، فإن كان في أصل العقد ، فهل يجوز البيع أم لا ؟.

[فالمذهب] (١) على قولين الجواز والمنع .

وقد قال ابن القاسم في كتاب الحمالات : إن البيع إذا وقع على حمالة غرر أنه بيع فاسد .

وجوزه أصبغ ، ولا فرق بين غرر الحمالة ، وغرر الرهن ، وكلاهما ثقة للبائع ، والخلاف في رهن الغرر بأسره إذا كان في أصل البيع على ما حكاه الشيخ أبو إسحاق التونسي [رحمه الله] (٢).

وسبب الخلاف : اعتبار الحال والمآل ، فمن اعتبر الحال جوَّز ؛ لأن ثمن المبيع في ذمة المشتري [مرتب] (٣) والرهن ثقة باطمئنان النفس ، والحق غير متعين فيه على كل حال .

ومن اعتبر المآل منع ؛ لأن المشتري قد يفلس أو يموت ، فتنخرم ذمته ولا يوجد له من أين يأخذ دينه إلا من ذلك [ق / ١٥٠/ ٢ -أ] الرهن، والأصول قد تكون مرهونة لغيره ، فيؤول ذلك إلى الغرر في ثمن المبيع ؛ إذ لا يدري هل يكون أو لا يكون ، فإذا كانت هل تقل أو تكثر .

فإن كان بعد العقد ،فلا خلاف أعلمه في المذهب في الجواز ؛لسلامة الثمن والمثمون من الغرر إلا ما يتأول من [مسألة] (٤) رهن الجنين ، فقد منعه مالك في المدونة ، وجوزه أحمد بن ميسر ، والمنع أشهر في النقل ولا فرق في التحقيق بين رهن الجنين ، وبين [رهن] (٥) ما يأتي من

---

(١) سقط من أ .
(٢) زيادة من ب .
(٣) في ب : مترتبة .
(٤) سقط من ب .
(٥) سقط من أ .

الثمار، إما الجواز في الجميع وإما المنع في الجميع ، وما فرقوا فيه بين الأجنة والثمار من أن الأجنة تابعة للأمهات في البيع . و[لا] [١] يجوز استثناؤها. والثمرة المأبورة لا تدخل في البيع إلا باشتراط غير مسلَّم ، ولا هو جار على سنن التحقيق ، وإن كان مالك ـ رحمه الله ـ قد أشار إلى مثل هذا الفرق في « الموطأ » ؛ لأن الجمع بينهما كونه غررًا من الجهتين ولا فرق بين غرر و [غرر] [٢].

ولا إشكال فيما في [الشجر] [٣] والنخل من الثمار المأبورة أنه لا يدخل في الرهن إلا باشتراط ، إلا خلافًا لهذا حكاه القاضي أبو الوليد [الباجي] [٤] واختلف فيما كان من الصوف الثابت على ظهور الغنم يوم الرهن ، هل يدخل في الرهن أم لا ؟

على قولين قائمين من المدونة [٥]:

أحدهما : أنه يدخل في الرهن مع الغنم ،وهو قول ابن القاسم ؛ لأن الصوف كسلعة مع الغنم رهنهما جميعًا .

والثاني : أنه لا يدخل مع الغنم في الرهن ؛ لأنه غلة وهو قول أشهب.

وأما الصوف الحادث بعد الرهن إذا جز قبل بيع الرهن ، فهو غلة للراهن .

واختلف إذا قام المرتهن بالبيع قبل جزازه ، بماذا تكون غلة ؟على ثلاثة

(١) سقط من أ .
(٢) في ب : خطر .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) المدونة (٤ / ٢٧٣) .

أقوال:

أحدها : أنه يكون غلة بتمامه وكمال نباته .

والثاني : أنه لايكون غلة إلا بتعسيله .

والثالث : أنه لا يكون غلة حتى يجز .

والخلاف فيه ينبني على الخلاف في الثمار بماذا تكون غلة في مسائل الاستحقاق ،والرد بالعيب وغيرها من الأقوال الخمسة التي قدمناها في كتاب العيوب .

فإذا قلنا :أن الغلة لا تدخل في الرهن إلا بالشرط .

فإذا اشترط المرتهن أن يستوفي حقه منها ، فلا يخلو من أن يكون ذلك في عقد البيع أو بعده .

فإن اشترط ذلك في أصل عقد البيع ، فذلك لا يجوز قولاً واحداً لأنها تقل وتكثر ،وذلك جهل بأجل الثمر وخطر ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، وكتاب محمد .

فإن تبرع بذلك بعد العقد ،فلا يخلو من أن يكون الدين لا يتحول عن أجله ، ووقته أو كان يتحول بتقدم أو تأخر .

فإن كان الدين لا يزول عن أجله ، ولا يتقدم عنه ولا يتأخر بتقدم الغلة، وتأخرها [وكان سببًا ، فذلك جائز، وإن كان يتحول عن أجله][1] بتقدم الغلة وتأخرها ،وأنه لا يوفيه حقه إلا من الغلة ، فذلك ممنوع ولا يجوز ؛لأن ذلك مخاطرة ؛ إذ لا يدري هل يستوفي جميع حقه من الغلة التي [تأتي] [2] قبل الأجل ،ويبقى شيء يستوفيه بعد الأجل ، وقد تجتاح

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الغلة ، فينتظر إلى وجود غلة أخرى ، وهو قول محمد بن المواز ، وهو تفسير لقول ابن القاسم في « الموازية » ؛ لأنه أطلق وقال : لو رهن بعد تمام البيع بهذا الشرط كان حائزًا . ثم فسر محمد هذا التفسير ، ولا يصح الكلام إلا على ما ذكر ،وذلك جائز في السلف ؛ إذ لا غرر هناك .

وأما إذا اشترط المرتهن الانتفاع بالرهن ما بينه وبين حلول أجل الدين، فلا يخلو من أن يكون الدين من قرض أو بيع .

فإن كان من قرض ، فأي ذلك لا يجوز كان في عقد السلف أو تبرع به بعد السلف ؛ لأنه سلف جر منفعة إن كان في العقد مع ما فيه من قبول هدية المديان [وإن كان] [1] بعد العقد ،فإن كان من بيع ، فلا يخلو من يكون ذلك في أصل العقد أو بعده ، فإن كان بعد العقد ؛ فلا يجوز ؛لأنه من باب قبول هدية المديان .

فإن كان في العقد فلا يخلو الرهن من أن يكون دارًا أو أرضين أو حيوانًا أو عروضًا .

فإن كان دور اًفلا خلاف فى الجواز.

وهل ذلك مع الكراهة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : الجواز دون كراهة ، وهوقول مالك في المدونة .

والثاني : الجواز مع الكراهة ، وهي رواية ابن القاسم ،وابن وهب عن مالك في « المجموعة ».

قالا : فإن وجه الكراهة في ذلك ،أنه إن هلكت الدار باحتراق أو غيره بطل ما اشترطه ،وبطل ما وضع من ثمن سلعته لأجل الانتفاع ، فإن كان أرضين ،فهل يجوز ذلك أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

فإنه يتخرج على قولين قائمين في « المدونة » :

أحدهما : الجواز ، وهو قوله في « كتاب الرهون » .

والثاني : المنع ، وهو ظاهر قوله في « كتاب كراء الأرض » من «المدونة» ؛ لأن ذلك من باب النقد في أرض غير مأمونة بشرط قبل الري .

وعلى القول بالجواز، فلا يخلو المثمون من أن يكون مما يجوز أن تكرى به الأرض أو لاً .

فإن كان مما يجوز أن تكري به الأرض ، فذلك جائز. وإن كان مما لا يجوز أن تكرى [الأرض] (١) كالطعام على اختلاف أنواعه وجميع ما تنبته الأرض، وينقطع من عامه ، فإن ذلك لا يجوز ؛ لأن الانتفاع بالأرض له حقه من الثمن ، وذلك كراء الأرض بما يخرج منها .

فإن كان الرهن مما ليس بمأمون من الأموال كالحيوان ،وجيمع العروض فاختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : المنع جملة بلا تفصيل ، وهو قول مالك في الكتاب ، قال : لأنه لا يدري كيف يرجع إليه ؛ لأن الحيوان ،والعروض يسرع إليه التغيير.

والثاني : الجواز جملة ؛ لأن ذلك رهن وإجارة ،وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » ، وسواء اشترط الانتفاع به إلى أجل الدين أو إلى أبعد منه أو إلى دونه ، وهو قوله في « الموازية» و« العتبية » وغيرهما .

والثالث : التفصيل بين المصحف وغيره من جميع العروض والحيوان، فيجوز اشتراط المنفعة [فيما] (٢) سوى المصحف من جميع الحيوان ، والعروض ،ولا يجوز ذلك في المصحف ،وهو قول ابن المواز.

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وما .

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف في جواز إجارة المصحف ، فمن جوز إجارته جوز اشتراط المنفعة به [وهو قول ابن القاسم في كتاب الجعل والإجارة من المدونة[١] ومن منع إجارته منع اشتراط المنفعة به] [٢] وهو قول ابن المواز في كتابه ؛ لأنه نص فيه أن إجارته لا تجوز ،ويؤخذ من تعليل مالك في الكتاب في [منفعة] [٣] رهن الحيوان ، والعروض أن لا يجوز رهن الغرر كالثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد الآبق في أصل البيع ؛ لأنه لا يدري كيف يكون ذلك عند حلول الأجل ، وعلى أي صفة يصير عليها، وهل يوجد أو لا يوجد ؛ وما قاله ابن القاسم أظهر وأصح .

وتوجيه كل قول ظاهر مشار إليه ،وعلى القول بجواز الانتفاع بما يغاب عليه من سائر العروض . فإذا اشترط منفعة الرهن ، وهو ثوب ثم ادعى ضياعه ، فلا يخلو من [أن] [٤]يدعي ذلك حين قبضه أو عند حلول أجل الدين .

فإن قام بدعوى الضياع حين قبضه ، فإنه ينظر إلى القدر الذي ذهب منه بالانتفاع مثل أن يقال : إذا استعمل [ق / ١٦٧ ب] شهرًا ، فإنه ينقص منه الربع ، فيكون قدر ربعه غير مضمون ؛ لأنه مستأجر وثلاثة أرباعه مضمونة ؛ لأنها مرتهنة إذا لم تقم بينة بضياعه ،وينظر ذلك كم هو من جملة دينه ، فيسقط منه أعني قيمة ثلاثة الأرباع الباقية المضمونة عليه .

فإن قام بدعوى الضياع عند حلول الأجل ،وادعى أنه ضاع قبل ذلك

---

(١) المدونة (٣ / ٤٢٩) .

(٢) سقط من أ .

(٣) غير واضحة في أ ، والمثبت من ب .

(٤) سقط من أ .

فهل يصدق ؛ أو يلزمه قيمة [جميع] [١] الثوب ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أنه لا يصدق في إسقاط ما وجب عليه من الأجرة ،ويلزمه قيمة جميع ثوب الرهن ؛ لأنه قد استوفى جميع ما اشترط من منافع الثوب في الظاهر ثم ادعى الضياع ،فيُصدق في الضياع ، ولا يُصدق في إسقاط الأجرة ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الجعل » ، و« الإجارة » من «المدونة» .

والثاني : أنه يصدق في الأمرين ويسقط عنه ضمان الربع ، وهو قول الغير في الكتاب المذكور ، واختلف في الرهن الواقع على هذه الصفة، هل يكون محوزًا أم لا ؟

فذلك على ثلاثة أوجه :

أحدها : وقوع الإجارة والرهن معًا .

والثاني : تقدم الإجارة على الرهن .

والثالث : تقدم الرهن على الإجارة .

والخلاف في ذلك كله واحد [وتحصيله] [٢] عندي يرجع إلى ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الرهن يجوز في جميع ذلك [ق / ١٥١ / ٢ ـ أ] ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » إذا وقع الرهن ، والإجارة معًا ، فجعل الحوز بالإجارة وحوزًا [للمرتهن] [٣] ؛ لأن تصرفه فيه باستيفاء المنافع حوز.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : للرهن .

والثاني : أن ذلك ليس بحوز ؛ لأن التصرف [فيه] [١] برسم الإجارة يبطل حكم الرهن ، ويفسخه إذا أفلس الراهن وهو في يد المرتهن قبل أن يستوفي ما اشترط فيه من المنافع ،وهو قول عبد الملك بن الماجشون في «المبسوط » و« الموازية » : إذا تقدمت الإجارة على الرهن ،وهوقول أحمد ابن المعدل إذا تقدم الرهن على الإجارة .

والثالث : التفصيل بين أن يردا معًا أو يتقدم أحدهما على الآخر.

فإن وردا معًا فذلك حوز ، ولا يسقط أحدهما حكم الآخر .

فإن ورد أحدهما على الآخر ، فليس ذلك بحوز ، والأظهر في النظر أنه غير محوز في جميع هذه الوجوه ؛ لأن حوزه ليس لأجل الرهن ،وإنما هو لأجل الإجارة [والحمد لله وحده] [٢].

❑❑❑

---

(١) في أ : به .

(٢) زيادة من ب .

المسألة السادسة

في جناية عبد الرهن

وإذا جنى عبد الرهن جناية كان الخيار لسيده بين أن يفديه أو يسلمه.

فإن فداه بقى في الرهن على حاله .

وإن أسلمه رجع الخيار إلى المرتهن ، ويخير بين ثلاثة أشياء :بين أن يسلمه كما أسلمه الراهن ،أو يفديه [بقدر أرش الجناية ، أو يفديه] [١] بزيادة على أرش الجناية ولو بدرهم واحد .

فإن فداه بالزيادة على أرش الجناية ، فإنه يكون مملوكًا للمرتهن ويخرج من الرهن ، ويحط من الدين الذي على الراهن ، قدر تلك الزيادة، وهو قول ابن المواز .

فإن فداه بقدر أرش الجناية ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يفديه بإذن الراهن .

والثاني : أن يفديه بغير إذنه .

فإن فداه بإذنه كان سلفًا في ذمة السيد ، ولا يباع حتى يحل أجل الدين قولاً واحدًا .

وهل يكون رهنًا بما فدى به مع الدين الأول أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه يكون رهنًا [فإن أسلمه كما أسلمه الراهن كان لأهل

---

(١) سقط من أ .

الجناية ملكًا] [١] في وهو قول مالك وابن القاسم « كتاب محمد » ؛ لأنه قال : فإن افتكه فداءً أن في رقبته الدين ،وما افتكه به وهو أحد قولي أشهب [أيضًا .

والثاني : لا يكون أحق بما أفداه به ،ولا يكون به رهنًا وهو أحد قولي أشهب أيضًا] [٢] وبه قال ابن المواز .

وينبني الخلاف [على الخلاف] [٣]: فيمن أمر رجلاً يشتري له سلعة وسلفه ثمنها.

هل للمأمور حبس ما اشترى حتى يقبض سلفه ، فإن أشهب يقول : له أن يحبسها كما كان للبائع أن يحبسها حتى يقبض الثمن .

وابن القاسم يقول في المدونة :ليس له حبسها ؛ بل يسلمها للآمر ويتبعه بسلفه ، فإن افتداه بغير إذن الراهن لم يكن ذلك سلفًا في ذمة السيد بل هو متعلق برقبة العبد ويفدى بما فدي به .

فإن كان في ثمنه وفاء بما فداه به ، وبالدين الأول برأت ذمة الراهن من الدين .

فإن عجز عن الدين وفيه وفاء بما فداه [به] [٤] بقى الدين في ذمة الراهن .

وإن عجز ثمنه عما فداه به ، فإن الباقي من الفداء يسقط عن الراهن ولا يتبع به ؛ لأنه لم يأذن له في فدائه .

واختلف هل يباع قبل أجل الدين إذا طلب ذلك المرتهن أم لا ؟ على قولين :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

أحـدهـمـا : أنه لا يباع حـتى يحل الأجل ،وهو قول ابن الـقاسم في «المدونة » .

والثاني : أنه يجوز أن يباع قبل أن يحل الأجل ، وهوقول سحنون .

وسبب الخلاف : هل تغلب شائبة الجناية أو تغلب شائبة الرهن ؟ فمن غلب شائبة الجنـاية قال : يعجل البيع ؛لأنه أسلمه ولا مـقال له في تأخير البيع ؛ لأنه رضي بإسلامه ، وملك المرتهن منه ما كان يملك المجني عليه .

ومن غلب حكم الرهن على الجنايـة قال : لا يبـاع حـتى يحل الأجـل لأن الرهن ثقة لحقه إذا حَلَّ أجله .

والقول الأول أظهر وأصح عند أهل النظر .

وهل يباع بماله فيما فدى به أم لا ؟

فلا يخلو ماله من أن يكون داخل معه في الرهن أو لا يدخل معه.

فإن دخل مـعه في الرهن أو لا ، فلا إشـكال فيه ؛ لأن مال الـعبد لا يدخل معه في الـرهن إلا بشرط على مشهور المذهـب ،وهو قول مالك في «المجموعة » وغيرها .

وإن لـم يدخل معه في الرهن هل يدخـل معه فيما فدى به أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يتبعه ماله ، ولا يكون رهنًا معه في الجناية ، وهو قول ابن القاسم في« المدونة » .

والثـاني : أنه يكون رهنًا معه في الجناية ،ويباع بماله ، وهو قول مالك في « كتاب محمد » ، وهـو الصحيح [أيضًا] [(١)] لأن المرتهن ، إنما فدى

---

(١) سقط من أ .

العبد وماله ،وقد ملك ما كان المجني عليه يملكه .

فإذا قلنا : إنه يباع بماله فيما فدى به ، فإن الجناية تؤخذ من جميع ما بيع به :كما تقدم ثم ينظر بعد ذلك إلى ما زاد ماله في ثمنه ، فإن كان مثل النصف : كان نصف ما بقى بعد الجناية للمرتهن يأخذه في دينه ، والنصف [الباقى] (١) : الذي زاد من جهة المال الذي لم يكن رهنًا معه للغريم يدخل فيه جميع غرمائه .

مثال ذلك : أن تكون قيمة العبد بغير ماله خمسين دينارًا ،وقيمته بماله مائة دينار ، والجناية خمسون دينارًا .

فيكون للمرتهن نصف الثمن خمسون عن جناية ، وتبقى خمسون ينوب نصف العبد منها بغير مال خمسة وعشرون دينارًا [يأخذه المرتهن عن دينه ،وتبقى خمسة وعشرون] (٢) يضرب فيه المرتهن مع الغرماء بما بقى له من دينه [والحمد لله وحده] (٣).

---

(١) في أ : الثاني .
(٢) سقط من أ .
(٣) زيادة من ب .

المسألة السابعة
في الرهن إذا رجع إلى يد الراهن بإيداع أو غيره

فإذا رجع الرهن إلى يد الراهن بإيداع أو إجارة أو عرية ، فلا يخلو من أن يقوم إلى استرجاعه قبل أن قيام الغرماء ، أو بعد قيامهم .

فإن كان قيامه إلى استرجاعه بعد قيام الغرماء ، فإنه يكون أسوتهم ، قولاً واحدًا، وسواء اشترط استراجاعه أو لم يشترطه .

فإن كان قيامه قبل قيام الغرماء إما بديون استجدها الغريم بعد الرهن أو كانت ديونًا قديمة قبل الرهن على أحد قولي مالك : إن رهن من أحاط الدين بماله جائز فهل له مطالبة الراهن باسترجاع الرهن أم لا ؟ على قولين:

أحدهما : أن له المطالبة بالاسترجاع في الوديعة والإجارة بعد انقضاء أمدها ، والعارية إذا انقضى أجلها إن ضربا لها أجلاً ،وسواء عارها إياه بشرط الاسترجاع أم لا ما لم يقم على الراهن الغرماء ،وهو قول أشهب .

والثاني : التفصيل بين العارية وغيرها .

فغير العارية الحكم فيها كما قال أشهب .

وأما العارية فليس للمرتهن أن يسترده ، إلا أن يكون أعاره على ذلك، فله أن يستردها ما لم يقم عليه الغرماء ، وهو قول مالك في « الكتاب » .

وهذا له ما لم يحدث فيه الراهن حدثًا ، وأما إن أحدث فيه بيعًا أو تدبيرًا أو تحبيسًا ، أو ارتهانًا لغريم آخر ، فذلك كله يسقط حق المرتهن الذي أخرجه من يده .

واختلف في العارية إذا لم يضربا لها أجلاً ، هل يسترجعها الآن ؛ لأن

العارية لا أمد لها ، ويبقى إلى أمدٍ يرى أنـه يعار إلى مثله ؟ فالمذهب على قولين قائمين في المدونة [والحمد لله وحده] [١] .

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

في النفقة [على] [١] الرهن والضالة

ولا خلاف أعلمه في المذهب أن النفقة على الضالة في [عينها] [٢] وأن المنفق أحق بها [من الغرماء] [٣] حتى يستوفي [نفقته] [٤].

وأما النفقة على الرهن ،فلا تخلو من أن تكون بإذن الراهن أو بغير إذنه، فإن كانت بأمره ، هل تكون في عين الرهن أو [تكون] [٥] فى ذمة الراهن ؟ قولان :

أحدهما : أن النفقة في الذمة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو المشهور .

والثاني : أن النفقة مُبَدَّاة على الدين ،وهي في عين الرهن ،وأنه أحق [بها] [٦] من الغرماء ، ولا يسقط ذلك من الذمة كالأجير على سقى زرع أنه أحق به من الغرماء ،وهو قول محمد بن مسلمة ، فعلى قول ابن القاسم الذي يقول : إن النفقة في « الذمة » فلا يخلو الراهن من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يأذن له بالنفقة [مطلقًا] [٧].

---

(١) في أ : و .
(٢) في أ : غيبتها .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : نفقتها .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ.

والثاني : أن يأذن له بها على أن نفقته في الرهن .

والثالث : أن يأذن له بالنفقة على الرهن رهنًا بنفقته ، فإن أذن له في النفقة إذنًا مطلقًا ، فلا خلاف أنها دين في الذمة ولا تعلق لها بالرهن عند قيام الغرماء إلا ما حكيناه عن محمد بن مسلمة .

فإن أذن له في النفقة على أن الرهن رهنًا بالنفقة فلا خلاف أيضًا [ق/ ١٥٢ / ٢ ـ أ] أن الرهن رهنًا بالنفقة [و] (١) بالدين معًا .

فإن قال له : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، هل يكون أحق به من الغرماء أم لا ؟

فالمذهب على قولين [متأولين على] (٢) المدونة :

أحدهما : [أنه] (٣) ليس له حبس الرهن بنفقته ، ولا يكون أحق [به](٤) من الغرماء إذا قاموا بتفليس الراهن ، وهو ظاهر قوله في « الكتاب» إلا أن يقول له : أنفق على أن نفقتك في الرهن : فيكون أحق بذلك ما لم يقم الغرماء ، فلا أراه أحق بفضلها ، وإليه ذهب ابن شبلون .

والثاني : أنه يكون أحق بها من الغرماء بالنفقة والدين ؛ كما لو قال [له] (٥) أنفق : والرهن بما أنفقت رهن ، ولا فرق بين اللفظين ، وهو تأويل [الشيخ] (٦) أبي إسحاق التونسي وغيره على المدونة .

وسبب الخلاف : الرهن هل ينعقد بغير لفظه أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : قائمين من .

(٣) في ب : أن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) زيادة من ب .

فمن رأى أنه ينـعقد بغير لفظه قـال : إنه يكون رهنًا بالنفـقة، كما لو صرح به [لفظًا] [١] ومن رأى أنه لا ينعقد إلا بلفظه قال : لا يكون رهنًا ويكون مـعنى قولـه أنفق علـى أن نفقتـك في الرهن أي : تـتبعنـي بها وتستوفيها من الرهن ـ يريد وغيره من ماله.

وعلى الـقول بأن قوله : أنفـق على أن نفقـتك في الرهن تكـون رهنًا بالنفقة : كـالتصريح [به] [٢] هل يتعدى الرهن إلى الذمـة أو يقتصر عليه كالضالة .

فأما إن قال له : أنفق على أن نفقتك في الدين لا في ذمتي : فإنه يبدأ بالنفقة قبـل الدين ، وحقه في النفقة متعـين في الرهن ،ولا [يتعدى] [٣] إلى الذمة .

فـإن [هلـك] [٤] قبل البيـع لم يتبع الراهن بشـيء ، ولا إشكال في ذلك.

فإن لـم يتبين هـذا البيـان ، وإنما قال له : أنـفق علـى أن نفقتـك في الرهن: فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن حقه مقصور على الرهن ، ولا يتعدى إلى الذمة ،كما لو صرح بذلك ، وهو تأويل الشيخ أبي إسحاق التونسي .

والثاني : أنه يتعلق بالرهن ، والذمة كسائر الديون ، وهو تأويل [الشيخ أبي الحسن] [٥] اللخمي وغيره .

---

(١) في أ : نطقًا .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : يتعمدا .
(٤) في ب : هلكت .
(٥) زيادة من ب .

فإن كانت النفقة على الرهن بغير إذن المرتهن : فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن النفقة في ذمة الراهن ـ كانت بأمره أو بغير أمره ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن النفقة على الرهن بغير إذن الراهن كالنفقة على الضالة وليست في ذمة الراهن ، وهو قول أشهب في « العتبية » .

والثالث : [ق / ١٦٨ ب] أن النفقة مُبَدَّاة على الدين كأجير السقى، فإذا عدم الرهن رجع إلى الذمة ، وهو قول [محمد] (١) بن مسلمة .

والفرق بين النفقة على الرهن والضالة على مشهور المذهب : أن النفقة على الرهن سلف للراهن لوجوب النفقة عليه ، وكون المرتهن قادرًا على أن يكلفه ذلك .

والضالة لا يقدر على مولاها ولا عرف له موضعًا يطلبه [فيه] (٢) ولابد لها من النفقة؛ إذ لو ترك النفقة عليها لضاعت ، فصارت نفقة المنفق عليها في عينها لا في ذمة [ربها] (٣) ولذلك تعين حقه في عين الضالة [والله أعلم ، والحمد لله وحده] (٤).

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : به .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ب .

المسألة التاسعة

في الرهان بالعقود الفاسدة وضمانها في ذلك

ولا شك ،ولا خفاء أن الرهن تارة يكون صحيحًا ، والمعاملة فاسدة وتارة تكون المعاملة صحيحة والرهن فاسد ، وتارة تكون المعاملة والرهن فاسدين ، فتيك أيه المسترشد أن تصرف جميع عنائك إلى فهم هذه الفصول،وكيف تداخلت ،وكيف يحكم بهذا الرهان بحكم الرهان الصحيحة تارة ،وبحكم البيوع الفاسدة تارة .

فلا تبتهل حتى نضع لك الفوائد ،ومثل هذه الفوائد لا يفهمها إلا من ألقى السمع ، وهو شهيد ،ومثال ما تكون المعاملة فيه الصحيحة والرهن فاسد ،أن يقع البيع أو السلف على نعت الصحة واللزوم إلى أجل ، ثم [رهن له] [1] رهنًا على أنه إن مضت السنة خرجت من الرهن ، وأنه إن مضت السنة ،ولم يأته بدينه [فالرهن له بدينه] [2] أو كان لك عليه دين إلى أجل بغير رهن ،ثم سأله الغريم أن يؤخره إلى أبعد من أجله على أن يرهن [به] [3] رهنًا [متقدمًا] [4].

ومثال ما تكون المعاملة فيه فاسدة ،والرهن صحيح : كأن يقع البيع على نعت الفساد بثمن إلى أجل ، فيرهن له [بالثمن فيه رهنًا صحيحًا] [5] إلى ذلك الأجل .

---

(١) في أ : يرهن .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ له .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : رهنًا بالثمن صحيحًا .

ومثال ما تكون فيه المعاملة والرهن فاسدين : مثل أن يبيع [منه] [١] سلعة بثمن إلى أجل [أو أقرض على أنه يرهن له رهنًا إلى أجل] [٢] فإن جاء بحقه ، وإلا فالرهن له [بدينه] [٣] ، وأمثلة ذلك كثيرة وأحكامها متداخلة متشاكلة لا يقع التباين إلا في بعضها .

فأما المثال الأول : إذا كانت المعاملة صحيحة ،والرهن فاسد أصلاً هل يكون فيه أحق بالرهن من الغرماء أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يكون أحق به ، وهو ظاهر المدونة ؛لأنه قال في الكتاب من بيع أو من قرض ؛ ولأنه إنما تكلم في الكتاب على أحكام الرهن ، ولم يذكر صيغ البيع ، فرأى أن البيع كان صحيحًا في أصله .

والثاني : أنه لا يكون أحق به من الغرماء ؛ لأنه لم يخرج من يده بالرهن شيئًا ، وهو قول ابن حبيب .

والأول أصح ؛ لأنه لولا الرهن ما أخره بالثمن عن وقته ، ولا بالسلف ، فصار ذلك سلفًا جر [نفعًا] [٤] مع ما فيه من بيع تارة وسلف تارة ، وذلك يرجع إلى بيع الغرر ؛ لأنه إن وفاه أخذ رهنه ، وإن لم يوفه كان ملكًا للمرتهن ، فذلك غرر وخطر .

وأما المثال الثاني : إذا كانت المعاملة فاسدة ، والرهن [صحيحًا] [٥] : فإن البيع فيه مفسوخ ، وترد السلعة مع القيام ، ويرد الرهن إلى الراهن.

فإن فاتت السلعة بما يفوت به البيع الفاسد ، فإن المرتهن أحق بالرهن

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : في دينه .
(٤) في ب : منفعة .
(٥)سقط من ب .

من الغرماء حتى يقبض القيمة قولاً واحدًا .

وإنما الخلاف إذا لم يكن في البيع الفاسد رهن ، هل يكون المشتري أحق بالسلعة في قيامها من الغرماء حتى يقبض الثمن الذي دفع أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه [يكون] (١) أحق بها من الغرماء ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وسحنون في « الواضحة » وغيرهما.

والثاني : أنه يكون أسوة الغرماء ،وهو قول ابن المواز .

واتفقوا في الرد بالعيب أن المشتري يكون فيه أسوة الغرماء إذا أفلس البائع ؛ لأنه مختار في الرد .

و [هو] (٢) في البيع الفاسد مجبور على الرد فافترقا.

وأما المثال الثالث : إذا كانت المعاملة والرهن فاسدين : فالحكم فيه أن القرض والبيع يفسخان ، ويردان مع القيام ،والقيمة مع الفوات ، ولا يؤخران إلى أجلهما وحكم الدين إن كان برضا حكم البيع في القيام والفوات [وأما الحكم في الرهن الفاسد ، فله حالتان : حالة يحكم له فيها بحكم الرهن الصحيح ، وحالة يحكم له فيها بحكم الرهن الفاسد على تردد في ذلك لصاحب المذهب] (٣).

فأما الحالة التي [يحكم] (٤) فيها [للرهن] (٥) بحكم الرهن الصحيح فما كان قبل حلول الأجل : فله فيها حكم الرهان الصحيحة فيما يضمن

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : يكون .
(٥) سقط من أ .

وفيما [لا] [١] يضمن ، وله أن يحبس الرهن حتى يقبض الثمن عند حلول الأجل في المعاملة الصحيحة ، أو حتى يقبض القيمة [على الحلول][٢] في المعاملة الفاسدة في فوات السلعة .

وأما الحالة التي يحكم له فيها بحكم البيع الفاسد على تفصيل وترد وهي إذا حل الأجل الذي جعل فيه الرهن ملكًا للمرتهن إن لم يأت بالثمن.

فإذا كان الرهن قائمًا : فلا يخلو من أن يكون على يدي عدل ، أو على يدي المرتهن .

فإن كان على يدي عدل ، فهل يضمنه المرتهن بحلول الأجل أو لا يضمنه يقبضه ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه في ضمان المرتهن من يوم حل الأجل قبضه من يد أمين أم لا .

والثاني : أنه في ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن ، فإذا قبض صار في ضمانه ،فات أو لم يفت على حكم البيع الفاسد ، فيرد مع القيام، ويغرم القيمة مع الفوات .

والثالث : أنه لا يدخل في ضمان المرتهن ، وإن قبضه من يد أمين إلا بعد أن يفوت في يده ، وهذا أبعد الأقوال عن الصواب أن تكون المبيعات [ق / ١٥٣ / ٢ - أ] بيعًا فاسدًا ألاَّ تضمن إلا بعد الفوات ،وإن قبضها المشتري ؛ لأن ردها قد وجب يوم فاتت تضمن ، ومن يومئذ تجب قيمتها، وليس هذا بمعتاد المذهب ، ولا بمشهوره .

---

(١) في أ : لا .

(٢) سقط من أ .

والأقوال الثلاثة نقلها [الشيخ] (١) أبو إسحاق التونسي ، ولم يُسَم قائلها .

فوجه القول الأول : أن يد الراهن قد ارتفعت عنه بحلول الأجل ، فصارت يد الأمين عليه كيد المرتهن سواء ؛ لأنه وكيله بعد حلول الأجل على قبضه ، وهذا [كقول أشهب] (٢) في البيع الفاسد : أن التمكين فيه قبض ، والمرتهن ها هنا قد مكن من قبضه بحلول الأجل ؛ لأن الرهن مبيع بالدين الذي في ذمة الراهن ، والمرتهن لا يدري ما يصح له عند الأجل إن كان الثمن أو الرهن ، ومن هذا الوجه يشبه البيع الفاسد .

ووجه القول الثاني : أن الأمين [صار] (٣) حائزًا لهما جميعًا بحلول الأجل ليس بالذي يدفع يد الراهن عنه ، ولا بالذي يصيره ملكًا للمرتهن حتى يقبضه ، فإذا قبضه حصلت له فيه شبهة ملك [فيما يضمن] (٤).

ووجه القول الثالث : أنه لما كان تصرف البائع في السلعة المبيعة بيعًا فاسدًا نافذًا ما دامت قائمة في يد المشتري على أحد قولي المذهب على ما قدمناه في « كتاب البيوع الفاسدة » واستقرأناه من كتاب [«التدليس] (٥) بالعيوب » وجب ألا تدخل في ضمان المرتهن إلا بعد الفوات ، وإن قبضها لكونها باقية في [ملك] (٦) البائع [الأول] (٧) الذي هو المرتهن ؛ إذ لا

---

(١) زيادة من ب .

(٢) في ب: القول لأشهب .

(٣) في أ : كان .

(٤) في أ : فيها .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ب : يد .

(٧) سقط من أ .

[ينفد] (١) تصرف المتصرف إلا فيما هو في ملكه وتحت نظره .

فإن كان الرهن على يد المرتهن : فلا يخلو من أن يكون قائمًا أو فائتًا .

فإن كان قائمًا ، هل يضمنه بالقبض أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : [أنه يضمنه بالقبض و] (٢) حلول الأجل كالبيع الفاسد وهو نص قول مالك في « كتاب الرهون » في « المدونة » أنه ضامن لقيمته يوم يحل الأجل إن فاتت .

والثاني : أنه لا يضمنه إلا بعد الفوات ، وإن حَلَّ الأجل ، وهو القول الثالث الذي ضعفناه إذا قبضه من يد الأمين .

فإن فات : فلا يخلو فواته من أن يكون بسبب المرتهن ، أو بسبب غيره .

فإن كان بسبب غيره : ففي وجوب الضمان على المرتهن قولان :

أحدهما : أنه ضامن كما لو فات بسبب نفسه ،وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وغيرها ، وهو المشهور .

والثاني : أنه لا ضمان عليه إلا أن يكون الفوت من سببه كالعتق، والإيلاد ، والبيع ، والبناء ، والغرس .

ولا يضمن ما كان بسبب غيره ؛ لأن يده كانت عليه بالارتهان ،والرضا الذي تراضيا أن يأخذه من حقه فاسد ، ويفسخ ويقر تحت يد المرتهن [حسبما] (٣) كان حتى يقبض حقه ، ففارق بهذا البيع الفاسد إذا قبض ولم يكن رهنًا ، وهو قول ابن عبد الحكم في « المبسوط » .

---

(١) في أ : ينفك .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : كما كان .

فإن كانت بسببه فهو ضامن قولاً واحدًا ، واختلف في القيمة متى تعتبر على قولين :

أحدهما : قيمته يوم يحل الأجل ؛ لأنه من يومئذ صار له قابضًا قبل الملك ، وهو قوله في المدونة .

والثاني : قيمته يوم الفوت ، وهذا القول حكاه ابن عبد الحكم عن مالك ، وحكاه محمد في كتابه ،ولم يسم قائله .

فرع من المدونة :

ومن لك عليه دين لم يحل ، فسألك أن تزيده في الأجل على أن يعطيك رهنًا أو حميلاً : لم يجز ، وتسقط الحمالة متى علم بذلك ، وأما الرهن فإن أدرك قبل أن يدخل في الأجل الثاني ، فإنه يفسخ الرهن [ويرد][1]ولا يكون أحق به من الغرماء .

فإن أدرك بعد أن دخل في الأجل : فإنه لا يرد ؛ لأنه سلف لا يحل ، وفيه رهن مقبوض ، والرهن ثابت حتى يقضي .

وأما لو كان الدين قد حل لكان ذلك جائزًا في الحميل ، والرهن كابتداء السلف .

وإذا كان لك عليه دين مؤجل ،فسألك قبل محله أن تسلفه ، وتؤخره بالمالين إلى أبعد من [الأجل] [2] ، أو لم يسألك تأخيرًا في الأجل : لم يجز ؛لأنه سلف جر نفعًا ، وهو زيادة التمسك بالرهن في السلف الأول .

فإن نزل ، وقد فلس الراهن ، أو مات هل يكون الرهن كله رهنًا [بالدين في السلف الأول غرم نصفه ، فالمذهب على قولين :

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الأجلين .

أحدهما : أن كله رهنًا] [١] بالسلف الآخر ؛ كالرهن بثمن سلعتين تستحق إحداهما ، فالمذهب [على قولين] [٢]:

أحدهما : أنه رهن كله بحصته الباقية من الثمن ؛ كالمرأة تأخذ الرهن بالصداق ، ثم تطلق قبل البناء ، فجميعه رهن بنصف الصداق ، وهو اختيار ابن المواز ، وهو مذهب المدونة .

والثاني : أن نصف الرهن رهن بالسلف الآخر لا كل الرهن ، وهذا القول حكاه ابن المواز أيضًا عن بعض الأصحاب ، وحكاه أبو إسحاق بن شعبان في [كتابه] [٣] الزاهي ، والأول أظهر و[أصح في النظر] [٤] [والحمد لله وحده] [٥].

❑❑❑

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : أوضح .
(٥) زيادة من ب .

المسألة العاشرة

في اختلاف الراهن والمرتهن

ولا يخلو اختلافهما من ثلاثة [أوجه] (١) :

أحدها : أن يختلفا في الدَّين .

والثاني : أن يختلفا في الرهن .

والثالث : أن يختلفا فيهما جميعًا .

[فالجواب عن الوجه الأول إذا] (٢) اختلفا فى الدين : فلا يخلو من أن يختلفا في قدره أو يختلفا في جنسه .

فإن اختلفا في قدره ، فقال المرتهن : هو في عشره ، وقال الراهن : بل هو في خمسه : فلا يخلو الرهن من أن يكون قائمًا أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : فلا يخلو من أن تكون قيمة الرهن مثل ما يدعيه المرتهن ، أو مثل ما يدعيه الراهن ، أو أقل مما يدعيه الراهن ، أو أقل مما يدعيه المرتهن أو أكثر مما يدعيه الراهن ؛ مثل أن يدعي المرتهن أن الدين عشرون ، ويدعي الراهن أن الدين عشرة ، وقيمة الرهن خمسة عشر .

فإن كانت قيمة الرهن مثل ما يَدَّعِيه المرتهن : فلا يخلو من أن يكون الرهن على يده ، أو على يد غيره .

فإن كان على يده : فالقول قول المرتهن مع يمينه .

وفي يمين الراهن قولان :

---

(١) في ب : أقسام .

(٢) في أ : فإن .

أحدهما : أنه لا يحلف ، وهو قول محمد ؛ إذ لا فائدة ليمينه .

والثاني : أنه يحلف [لأن] [١] المرتهن يقول : لا أتكلف بيعه، وتكون العهدة عليَّ ؛ لإمكان أن يستحق أو يوجد به عيب .

وسبب الخلاف : الرهن هل هو شاهد على الذِّمة ، أو هو شاهد على نفسه خاصة .

فإن كان الرهن على يدي غيره ، هل يكون القول قول الراهن ، أو قول المرتهن ؟

على قولين قائمين من المدونة [بالمعنى] [٢] .

أحدهما : أن القول قول المرتهن مع يمينه ، وهو قول ابن المواز .

والثاني : أن القول قول الراهن [مع يمينه] [٣] ، وهو قول أصبغ في «العتبية » ، وبه قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب .

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف الذي قدمناه في الرهن ، هل هو شاهد على الذمة ، أو هو شاهد على نفسه [خاصة ؟.

فعلى القول بأنه شاهد على نفسه] [٤] لا على الذمة ؟ فإن المرتهن يحلف مع شهادته الرهن يستحق منه العشرة التي شهد له بها ، ولا يمين على الراهن ؛ لأن الرهن لم يشهد عليه بشيء .

وعلى القول بأنه شاهد على الذمة : فإن الراهن يحلف ليدفع عن نفسه ما شهد به عليه [ق / ١٦٩ ب] الرهن مخافة أن يتلف الرهن أو يستحق.

فإن كانت قيمة الرهن مثل ما يَدَّعِيه الراهن : فالمذهب أيضًا على

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

قولين :

أحدهما : أن القول قول الراهن مع يمينه ،وهو قول ابن المواز .

والثاني : أن القول قول المرتهن ، وهو قوله في« العتبية » ، وهذا ينبني على ما تقدم أن الرهن ليس بشاهد على الذمة ؛ لأنه يرهن في أقل من قيمته ،وفي أكثر منها .

فأما إذا كانت قيمته أكثر مما يَدَّعِيه [الراهن وأقل مما يَدَّعيه] (١) المرتهن؛ مثل أن يَدَّعِي المرتهن أن الدَّين عشرون ، ويَدَّعِي الراهن أن الدَّين عشرة ، وقيمة الرهن خمسة عشر ، فها هنا يحلفان جميعًا .

واختلف من المبدى باليمين على قولين :

أحدهما : أن المرتهن هو االمبدى اليمين ، وهو قول مالك في الموطأ ، وهو المشهور لقبضه الرهن [وحوزه] (٢) له سواء كان بيده أو وضعاه على يد عدل ؛ لأن يد العدل حائزة للمرتهن ، وهو نص قول ابن المواز ؛ لأن الرهن شاهد له .

والثاني : أن التخيير لهما في ذلك ؛ فمن بدأ باليمين منهما جاز ذلك، هو قول [الشيخ : أبو الحسن] (٣) اللخمي [رحمه الله] (٤) لأنه قال: فإن [بدأ] (٥) المرتهن باليمين كان بالخيار .

وعلى القول بأن المرتهن يبدأ باليمين ، فعلى ماذا يحلف ؟

فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : وحيازته .

(٣) زيادة من ب .

(٤) زيادة من ب .

(٥) في ب : ابتدأ .

أحدهما : أنه يحلف على عشرين ديناراً ، وهو جميع الدين ، وهو قول مالك في [« الموطأ »] [١].

والثاني : أنه يحلف على خمسة عشر ، وهي قيمة الرهن، كما لو ادَّعى عشرين ، وشهد له شاهد بخمسة عشر ، فإنه يحلف على الخمسة [عشر][٢] التي شهد له بها شاهد ، وهذا القول حكاه الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض شيوخه [ق / ١٥٤/ ٢ـ أ] .

والثالث : أنه مخير إن شاء حلف على جميع الدَّين ، وإن شاء حلف على قيمة الرهن خاصة ، وهو قول ابن المواز .

وعلى القول بأنه يحلف على جميع الدَّين : فإنه إذا حلف رجع اليمين على الراهن ، فيحلف ويسقط عن نفسه الخمسة الزائدة على قيمة الرهن .

فإن نَكَلَ دفع للمرتهن ما حلف عليه ، فإن حلف المرتهن [أولاً][٣] على خمسة عشر ـ على تخيير ابن المواز ، أو على قول الصقيلي ـ فإن الراهن يحلف ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن وهو ما زاد على قيمة الرهن ، فإن نَكَل الراهن لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن إلا بعد يمين ثانية أنه في عشرين .

وإن بدأ الراهن باليمين على القول بالتخيير في التبدئة : فهو مخير في صفة اليمين ، فإن شاء حلف أنه لم يرهنه إلا في عشرة ، فإن نكل المرتهن بعد ذلك [دفع الراهن وأخذ رهنه ، وإن شاء حلف أنه لم يرهنه في عشرين ديناراً منه ، فإن نكل المرتهن بعد ذلك] [٤] حلف [الراهن] [٥]

(١) في ب : المدونة .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : أو .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .

يمينًا ثانية أنه لم يرهنه إلا في عشرة ، ثم لا يكون للمرتهن إلا قيمة الرهن.

فإن أراد الراهن أن يعطيه قيمة الرهن ، ويأخذ رهنه ، هل يمكن من ذلك أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يمكن من ذلك إلا أن يدفع له جميع ما يَدَّعِيه من العشرين الدينار فيأخذه ، وهي رواية يحيى عن ابن القاسم في « العتبية ».

والثاني : أنه مخير إن شاء دفع له قيمة الرهن ويأخذه ، وإن شاء أسلمه له ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو قول ابن نافع في «العتبية».

والثالث : أن الراهن بالخيار إن شاء أن يعطيه ما قال المرتهن ، وإلا بيع الرهن ويدفع له من ثمنه ما ذكر ، وهو قوله في « كتاب ابن عبدوس ».

واختلف في القيمة في ذلك متى تعتبر .

أما مع قيام الرهن ففيه قولان منصوصان في المدونة :

أحدهما : قيمته يوم الحكم ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب ، وهو قول ابن نافع في « النوادر » .

والثاني : أنه ينظر إلى قيمته يوم القبض ، وهو قول الغير في بعض نسخ « المدونة » فى كتاب «الرهون » .

وأما في فواته إذا كان مما يضمن : فقد اختلف في وقت اعتبار قيمته على ثلاثة أقوال :

أحدها : اعتبار قيمته يوم القبض ، وهو قول ابن القاسم في] في الكتاب .

والثاني : اعتبار قيمته يوم الفوات ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم

في] [١] « العتبية » .

والثالث : اعتبار قيمته يوم الرهن ، وهو قول ابن القاسم في موضع آخر على ما نقله القاضي أبو الوليد الباجي [رحمه الله] [٢] .

وأما الوجه الثاني [من الوجه الأول] [٣] من القسم الأول : وهو أن يكون الرهن فائتًا ، وقد تصادقا على مقدار قيمته ، هل يكون القول قول الراهن أو قول المرتهن ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن القول قول الراهن مع يمينه ، وهو ظاهر قول ابن المواز .

والثاني : أن القول قول المرتهن مع يمينه .

والثالث : التفصيل بين أن يكون الرهن مما يضمن ، أو مما لا يضمن.

فإن كان مما يضمن بالغيبة [عليه] [٤] ، ولم تقم على هلاكه بينة كان القول قول المرتهن .

فإن كان مما لا يضمن إما لكونه مما لا يغاب عليه كالعبيد ، والحيوان ، أو مما لا يُغاب عليه ، إلا أن البينة قامت على هلاكه ، [كان][٥] القول قول الراهن .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الرهن ، هل هو شاهد على نفسه خاصة، أو هو شاهد على الذِّمة ؟

فعلى القول بأنه شاهد على نفسه خاصة لا على الذمة : يكون القول قول الراهن ـ كان مما يضمن أو مما لا يضمن ـ ؛ لأن حكم الرهن قد سقط

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ : فإن .

فيرجعان إلى مـا يغرمه الراهن من ذمته ،إذا كان الـرهن مما لا يضمن ، أو كان مما يضمن على القول بأنه قيمة الشيء لا تقوم مقام عينه ، فصار بمنزلة ما لم يكن فيه رهن ؛ لأنه يشبه أن يرهـن الرهن في مثل قيمته أو في أكثر منها أو أقل ، وهـذا القول قائم من « المدونة » من قـوله : إن شاء الراهن أدى قيمة رهنه ، ويأخذه إن أحب ، وإلا فلا سبيل له إليه ، وهو ظاهر ما في كتاب مـحمد ، وما في سماع يحـيى أنه إنما يكون الرهن شـاهدًا على نفسه لا عـلى الذمة وأن وأنه حقه إنمـا يكون في عين الرهن لا فـيما سواه حتى لو تـلف الرهن ، أو هلك إن كان ممـا لا يغاب عليه ، واسـتحق لم يطالب الراهن بغير ما أقر به بعد أن يحلف .

ولو كان الـرهن شاهدًا علـى الذمة : ما كان يـجبر الراهن عـلى فداء الـرهن بقيمتـه أو تركه عـلى قـول ، ولا عـلى قـول آخـر لا سبيـل له إليه،ولكان يقول : إنه يـباع عليه ،ويدفع للمرتهن من قيـمته ما ذكر ،كما هو منصـوص في « كتاب ابن عبـدوس » ، وتكون العهدة فـي ذلك على الراهن.

وعلى القـول بأنه شاهد على الـذمة : يكون القول قول المـرتهن ،وهو تأويل بعضهم على « المدونة » من قوله : إن القول قول المرتهن ما بينه وبين قيم الرهن ؛ بناء منه على أن العادة المـألوفة أن الناس لا يرهنون في ديونهم إلا ما يساويها ، أو ما يقاربها ، لا ما لا يفي بها ، وهو ظاهر قول أصبغ، والقاضي أبي محمد عبد الوهاب .

فعلى هذا إذا اسـتحق الرهن ، أو جرى عليه أمـر من الأمور أن القول قول المرتهن ما بيـنه وبين ما [له شهد] [1] الرهن ، ويتـبع [به] [2] ذمـة

(١) في ب : شهد له .
(٢) سقط من أ .

الغريم .

وأما على القول بالتفصيل : فيجري على اختلافهم في قيمة الشيء،هل هي كعينه أم لا ؟.

وأما الوجه الثاني من القسم الأول : إذا اختلفا في جنس الدَّين ؛ مثل أن يقول المرتهن : هو رهن عندي بمائة دينار،وقيمة الرهن مائة فأكثر ،وقال للراهن : بل في مائة أردب قمح ، فإن كان قيمة المائة أردب مائة دينار فأكثر : فالراهن مصدق وتؤخذ منه وتباع ، ويدفع للمرتهن مائة ، والزائد يوقف إن كان هناك ، فمن رجع منهما إلى تصديق صاحبه أخذه .

فإن كانت قيمته أقل من مائة دينار : فالمرتهن مصدق كما يصدق في كثرة الدين إذا تصادقا على نوع واحد [و] (١) الرهن يشهد له .

والجواب عن القسم الثاني : إذا اتفقا في مقدار الدين ،واختلفا في قيمة الرهن ،وقد فات : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يدعي كل واحد منهما معرفة قيمته .

وإما أن يدعيها واحد ، والآخر يقول : لا أدري .

وإما أن [يجهلاها] (٢) جميعًا .

فإن ادعى كل واحد منهما معرفة قيمة الرهن : فإنهما [يتواصفاه] (٣) ثم لا يخلو من أن يتصادقا على الصفة ، أو يختلفا فيها .

فإن تصادقا على الصفة : فإنه يُدعى المقومون لتلك الصفة، فإن

---

(١) في أ : من .

(٢) في أ : يتجهلا لها .

(٣) في ب : يتواصفانه .

قوموها بمثل ما يدعيه المرتهن : [كان] [١] القول قوله .

فإن قدروها بـأكثر مما يدعيه الـراهن ، أو أقل مما يدعيه المـرتهن جرى على ما قدمناه من التفصيل ،والتحصيل في قيام الرهن .

فإن اخـتلفا فـي قيمـة الرهن ، وقال الـراهن : قيـمته عشـرة ،وقال المرتهن: قيمته خمسة ، والدين عشرة ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول المرتهن ، وهو قوله في « المدونة » ،وقال ابن حبيب : وإن أتى بما لا يشبه ، فإنه يقبل قوله ؛ لأن الرهن [يرهن] [٢]في أقل من قيمته وأكثر .

والـثانـي : أن القول قول الراهن ، وهو قـول أصبغ ، وهذا يصح بأن الرهن شاهد على الذمة .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الدَّين ، هل هو دليل على قيمة الرهن، أم لا ؟

فمن رأى أن مقـدار الدَّين دليل على قـيمة الرهن يقـول : القول قول الراهن ؛ لأن الغالب أن الرهن لا يكون إلا بما يساوي الدَّين .

ومن رأى أن الدَّين لا يكون دليلاً على قـيمة الرهن يقول : القول قول المرتهن ؛ لأن الناس يرهنون ما يفي بالدَّين وما لا يفي به .

والقـولان قائمـان من « المدونـة » ، إلا أن قول ابن الـقاسم فـي هذه المسألة مخالف لقوله في اختلافهما في مقدار الدَّين .

فإن ادعـى أحدهمـا معرفة قـيمة الـرهن ، وقال الآخـر : لا أدري ما قيمتـه: فالقول قول من ادَّعَى مـعرفة القيمـة ما لم يأت أمر يستـنكر بما لا

---

(١) في أ : فإن .

(٢) سقط من أ .

يشبه، إما لكثرته إن كان ذلك من [الراهن ، وإما لقلته جدًا إن كان ذلك من] [(١)] المرتهن .

فإن جهلاها جميعًا : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يكون الرهن بما فيه ، ولا تباعة بينهما ، وهو قول مالك في « المدونة » [ق / ١٥٥ / ٢ ـ أ] ،وعليه حمل قوله ﷺ : « **الرهن بما فيه** »[(٢)]، [فقال] [(٣)] معنى ذلك إذا عُميت قيمته ، وجهلت صفته؛ لأن ذلك غاية المقدور.

والثاني : أنه يجعل من أدنى الرهون ، وهو قول أشهب ـ يريد من أدنى ما يرهن في مثل ذلك الدين .

ووجه القول الأول : أنه لما كان احتمل أن يرهنه في مثل عدد الدين أو في أكثر منه أو أقل : كان الأعدل أن يكون بالدين قطعًا لمادة النزاع كما قالوا ـ إذا قال له : « عندي من الخمسين إلى الستين » : إنه يكون عليه خمسة وخمسون ؛ يقيم المشكوك فيه بينهما كما يقسم بينهما إذا تساوت فيه الدعاوى .

ووجه القول الثاني : أن الذِّمة على أصل البراءة : فلا تعمر بالشك ؛ فلأجل ذلك يجعل من أدنى الرهون كما قالوا : إذا أقر أن له عنده دراهم أنه يجعل عليه أقل أعداد الدراهم ؛وذلك ثلاثة دراهم .

والجواب عن القسم الثالث : إذا اخلتفا في مقدار الدين [وقد ضاع ، فقال الراهن : الدين خمسة ، وقيمة الرهن عشرة ، وقال المرتهن : الدين

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٢) ، والبيهقي في الكبرى (١١٠٠٦) ،وابن الجوزي في التحقيق (١٥١٨) ، وهو حديث ضعيف . انظر : الضعيفة (٣٦٦١) .

(٣) في أ : فقيل .

عشرة] (١) وقيمة الرهن خمسة : فإن المذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن القول قول الراهن [فيما يدعيه الراهن] (٢) ويحلف أن الدين خمسة ، والقول قول المرتهن ،ويحلف أن قيمة الرهن خمسة ، ثم لا تباعة بينهما وهو اختيار اللخمي .

والثاني : أن القول قول المرتهن فيما يدعيه الراهن ، والقول قول الراهن، فيما يدعيه المرتهن .

وسبب الخلاف : الرهن هل هو شاهد على الذمة ؟ والدين هل هو دليل على قيمة الرهن أم لا ؟

وذلك أنا إذا قلنا : إن الرهن شاهد على الذمة ، يكون القول قول المرتهن فيما يدعيه الراهن ؛ لأنه يَدَّعي أن الدَّين خمسة ، وقيمة الرهن عشرة ،والعادة أن الناس يرهنون في الدَّين ما يفي به .

وإن قلنا : إن الدَّين لا يكون شاهدًا على الذِّمة : يكون القول قول الراهن في مقدار الدين .

وإذا قلنا : إن الدَّين دليل على قيمة الرهن : يكون القول قول الراهن فيما يَدَّعيه المرتهن ؛ لأنه يَدَّعِي أن الدَّين عشرة ، فينبغي أن تكون قيمة الرهن [كذلك] (٣) .

وإذا قلنا : إن الدَّين لا يكون شاهدًا على الذِّمة ، وإن الدَّين لا يكون دليلاً على قيمة الرهن : كان القول قول كل واحد منهما يَدَّعيه مع يمينه ؛ لأنه غارم مطلوب : وفروع هذا الباب كثيرة ، فقس ما يَرِدُ عليك [منها على هذا الأسلوب] (٤)[والحمد لله وحده] (٥).

❑❑❑

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : عشرة .
(٤) في ب : على هذه الأسئلة .
(٥) زيادة من ب .

المسألة الحادية عشر
في ارتهان [فضلة الرهن] (١)

ولا تخلو تلك الفضلة من أن تكون فضلة في عين الرهن ، أو تكون [ق / ١٧٠ ب] فضلة في قيمة الرهن .

ومعنى الوجه الأول : أن يرهنه نصف الثوب [في عشرة دنانير والنصف الآخر غير مرتهن بقبض المرتهن جميع الثوب يقيم له الحوز ، ومعنى الوجه الثاني : أن يرهن الثوب](٢) في خمسة وهو يساوي عشرة.

وفائدة اختلاف الصور معرفة ما يصح للمرتهن الثاني ، ويكون أحق به من الغرماء إذا صح له القبض والحوز ، ففي الوجه الأول يكون أحق بنصف الثوب من الغرماء سواء كان النصف الثاني يفي بحق الرهن الأول أو يعجز عنه .

وفي الوجه الثاني : يكون المرتهن الثاني أحق بما ناف عن دين المرتهن الأول من قيمة الرهن إن كان في قيمة الزيادة .

فإن كانت قيمته كفافًا لدين الأول ، أو أقل منه : فهو أحق بجميع الرهن من الغرماء ،ولا حق فيه للمرتهن الثاني .

فإذا ثبت ذلك ،فلا يخلو من وجهين :

إما أن يرهن تلك الفضلة للمرتهن الأول أو لغيره .

فإن رهنها من الأول : فلا يخلو من أن يكون الرهن على يده ، أو على يد عدل .

---

(١) في أ : فضلة .

(٢) سقط من أ .

فإن كان على يده : فلا خلاف في الجواز كان المرتهن عيّن الرهن أو صفته ، إلا على مذهب من يرى أن رهن الغرر لا يجوز ، فيمنع رهن الصفة ؛ وهو ما يزيد من قيمة الرهن على قدر الدَّين الأول ؛ لأن ذلك غرر ، وقد يكون ، وقد لا يكون .

فإن كان على يدي عدل : فيجري فيه من الخلاف ما نذكره في الوجه الثاني إن شاء الله تعالى .

فأما إذا رهنه من غير الأول : فلا يخلو من أن يضعاه على يد عدل ، أو على يد المرتهن الأول .

فإن وضعاه على يد عدل ، فإن رضي بالحوز للثاني : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك جائز ـ رضي المرتهن الأول أو سخط ـ وهو قول أصبغ ، وهو ظاهر [المدونة][1] .

والثاني : أن ذلك لا يجوز [إلا برضا الأول] [2] ، وهو قول مالك في « كتاب محمد » ، وهو أضعف الأقوال ؛ إذ لا فائدة لرضاه .

وأما إذا كان الرهن على يد المرتهن الأول ، ففيه في المذهب ثلاثة أقوال كلها قائمة من« المدونة » :

أحدهما : أن ذلك جائز ـ رضي المرتهن الأول [بذلك] [3] أم لم يرض ـ وهو ظاهر قول مالك في « كتاب الوصايا الثاني » وغيره من «المدونة » : فيمن أخدم عبده رجلاً سنة ، ثم قال : هو لفلان : حيث قال: إن ذلك جائز ، وقبض المخدم قبض للموهوب له الرقبة .

---

(١) في أ : الرواية . (٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، ولا يكون حوزه حوزًا للثاني ؛ وإن رضي لأن قبضه وحوزه أولاً إنما كان لنفسه لا لغيره ، وهي رواية محمد بن المواز عن ابن القاسم في كتابه ، ورواه أبو القاسم بن الجلاب أيضًا .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يرضى المرتهن الأول : بالحوز للثاني، أو لا يرضى .

فإن رضي أن يجوز له : فذلك جائز .

وإن لم يرض : فلا يجوز .

وهو نص قول مالك في « كتاب الرهون » ، وذهب بعض المتأخرين إلى أن ذلك كله اختلاف أحوال ، وأن معنى الجواز عنده إذا كان أَجَلُ الدَّينين سواء أو كان الآخر [أبعده حلولاً] [1] فذلك يجوز ،وإن لم يرض الأول .

وإن كان الثاني أقرب حلولاً ، ودين الأول عرضًا ، ودخل الثاني على أن يقتضي دينه إذا حل أجله : لم يجز إلا برضا الأول ؛ لأن الأول يقدر على تقديم حقه قبل أجله .

وإن كان دين الأول عينًا أو عرضًا من قرض: جاز إذا دخل على أن يعجل حقه إذا حل الدين الأول .

واختلف في ضمان الفضلة إذا كان الرهن على يد المرتهن الأول على قولين :

أحدهما : أنه لا ضمان عليه للفضلة ؛ لأنها عنده على الأمانة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

---

(١) في ب : أبعد الحلول .

والثـاني : أن ضمانه كله من الأول ، وهو قـول أشهب ،وهذا كله في رهن فضلة القيمة .

وأما فضلة عـين الرهن : فلا خلاف أن ضمانها من الـراهن ، كما لو كان على يد عادل .

ولو كان على يد المرتـهن الثاني لتخرج فيه الضمان عـلى قولين قائمين من «المدونة » .

وسبب الخلاف : اعتبار الحال والمآل .

[فمن اعتبر الحـال قال بوجوب الضمان على المرتهـن الثاني ؛ لوجود الفضلة في قيمة الـرهن في الحال . ومن اعتبر المآل] (١) قال :لا ضـمان عليه في تلك الفضلة ؛ لأن الفـضل مترقب إلى الحلول ، فقد تحول أسواق الرهن، أو يـحدث به عيـب ، ولا يكون فيه فـضـل عنـد حـلول أجل الديـن ، وإن كان لا يعلم كم هـو في عين البيع [والحمد لله وحده] (٢) .

□□□

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الثانية عشر

في تصرف الراهن [في الرهن بالعتق] (١) والإيلاد

فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون تصرفه فيه قبل الحوز .

والثاني : أن يكون بعد الحوز .

فإن كان ذلك قبل الحوز : فلا يخلـو من أربعة أوجه : إما أن يعتق،أو يكاتب ، أو يدبر ، أو يطأ .

فأما العتق : فلا يخلو الراهن من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان موسرًا : فالـعتق نافذ ، ولا يرد ، ثم ينظر إلى قـيمة العبد: فإن كانت كفافًا لـلدَّين أو أكثر منه : فإن الراهن يطالب بتـعجيل الدَّين من أي نوع كان تعصيبًا للعتق ،وكون الرهن فوته بالعتق قبل الحوز .

فإن كانت قيمته أقل من الدَّين ، فهل يُعَدّ ذلك منه رضا بتعجيل الدَّين أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة »:

أحدهـما : أن ذلك يُعَدّ من الراهن رضا بتعجيل جميع الدَّين ، وعليه أن يعجله كله ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الرهون » .

والثـاني : أنه لا يُعَدّ ذلك منه رضا بتعجيـل الدين جميعه ، وإنما عليه تعجيل قدر قيمة العبد خاصة ، وهو أحد القولين في البيع إذا باع الرهن ، وهو قول ابن القاسم في العارية : إذا استعار عـبدًا ليرهنه ثم أعتقه المعير ،

---

(١) في أ : بالرهن في العتق .

حيث قال ابن القاسم في أحد قولين : إن كان له [مال] (١) جاز عتقه ، ويغرم الراهن الأقل من قيمته أو من الدَّين بتعجيله ،ولا فرق بين العارية وغيرها ؛ إذ لا يجب عليه أن يغرم أكثر مما فوته ، وهو ظاهر قول ابن القاسم أيضًا في « كتاب الجنايات » من المدونة : إذا أعتق السيد العبد الجاني ، حيث قال : إنه يحلف ما أراد بعتقه تحمل الجناية ، وعلى أنه يغرم قيمة العبد : فإن الباقي من الدَّين يبقى في ذمة الراهن ، ويكون به المرتهن مع الغرماء أسوة .

فإن كان الراهن معسرًا : فإن العتق لا ينفذ ، والعبد موقوف إلى محل أجل الدَّين .

فإن أفاد الراهن مالاً : أخذ منه الدَّين وعُتق العبد بالعتق الأول ، وإلا فيباع العبد في الدَّين ، فإن استغرق قيمته بطل العتق .

وإن كان بيع بعضه يَفِي بالدَّين : فإن الباقي ينفذ فيه العتق .

وأما الكتابة والتَّدْبِير : فقد اختلف فيهما المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن للمرتهن أن يقبض رهنه ،ويكون محازًا وهو مكاتب ومدبر، وهو قول أشهب في « كتاب محمد » ، وظاهره : ألا فرق بين [ق / ١٥٦ / ٢ ـ أ] أن يكون الراهن موسرًا أو معسرًا ، بخلاف العتق.

والثاني : أن الكتابة والتدبير كالعتق يعتبر فيهما اليُسر والعُسر في حين عقدهما لما يخاف من مآل [أمرهما] (٢) في العسر عند حلول الأجل إن كان الراهن موسرًا عند عقد الكتابة والتَّدْبِير .

والثالث : التفصيل بين أن تكون [الكتابة و] (٣) التَّدْبِير في يُسْر الراهن

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : أحدهما .

(٣) سقط من أ.

وعسره ؛ فإن كان الراهن مُوسرًا : تَسَاوَى حكم الكتابة والتدبير .

وإن كان الحكم في المُدَبَّر الانتظار إلى محل الأجل في الكتابة يستوفي الحق منها ، فإنه إذا كان حرًا وخرج من الرهن ، فإن عجز كان رهنًا ، وهذا يتخرج على قول أشهب في « كتاب محمد » أن الكتابة تكون رهنًا مع رقبة المكاتب .

وأما الوجه الثاني : من أصل التقسيم : إذا تصرف [الراهن] [1] في هذه الأشياء بعد القبض والحوز : فلا يخلو الراهن من أن يكون مُوسِرًا أو مُعسِرًا .

فإن كان مُوسِرًا : فلا خلاف في نفوذ العتق المبتل ، وهل يغرم جميع الدَّين ، أو قيمة الرقبة خاصة ، ويبقى الباقي في ذمته إلى أجله بلا رهن أم لا ؟

على قولين قائمين من المدونة ، وقد قدمناهما .

وسبب الخلاف : تَصَرُّف الراهن في الرهن بما يفوته ، هل يُعَدّ ذلك منه رضًا بتعجيل الدَّين على وفائه ، وكماله أم لا ؟ وهل للراهن أن يعطيه رهنًا آخر ، ويبقى الدَّين إلى أجله أم لا ؟ على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه لا يمكن من ذلك ، وعليه تعجيل الحق من ساعته ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه يمكن من ذلك ، فإذا أتى برهن آخر ، فالحق يبقى إلى أجله ، ولا حجة في ذلك للمرتهن ، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن الشيخ أبي بكر الأبهري .

فإن كان الراهن مُعْسِرًا : فإن عتقه موقوف ، ويبقى العبد رهنًا إلى

(١) سقط من أ .

أجل الدَّين .

فإن جاء الأجل والراهن مُوسِر بقدر ما عليه من الدَّين : فالعتق نافذ.

فإن جاء وهو مُعْسِر : فالعبد يباع فيما رهن فيه من الدَّين ؛ فإن كانت قيمته كَفَافًا للدَّين : بطل العتق فيه ، فإن كانت قيمته أكثر من الدَّين : فإنه يباع [منه] (١) بقدر الدَّين ثم يعتق ما بقى بالعتق الأول .

وأما الكتابة والتَّدْبِير : فإن كان الراهن مُعْسِرًا ،فإنه يبقى رهنًا إلى أجل الدَّين ـ مكاتبًا كان أو مدبرًا ـ وإن كان مُوسِرًا : فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أنه يبقى رهنًا إلى أجل الدَّين ـ مدبرًا كان أو مكاتبًا ـ وهو قول مالك في المدونة في المدبر ، والمكاتب [كالتدبير] (٢) وهو قول ابن المواز .

والثاني : أنه يعجل الدَّين من حينه ووقته ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب في العتق ، والكتابة ، وهو قول ابن وهب في التَّدْبِير حيث قال في الكتاب : التدبير كالعتق ،ويؤدي الدين ، وهو قول أشهب في «الموازية»: إن الكتابة والتَّدْبِير كالعتق .

والثالث : التفصيل بين الكتابة والتدبير ؛ فالكتابة كالعتق يعجل فيها الرهن والدَّين ، والتدبير : يبقى[فيه] (٣) العبد رهنًا حتى يحل الأجل لجواز رهن المدبر ، وهو قول ابن القاسم في [الكتابة] (٤) ، وفي « كتاب محمد » : فإن حلَّ الأجل ، ولا ماله له : بيع في الدَّين ، ويبطل التدبير.

ووجه القول الأول : أن المُدَبَّر يجوز رهنه ؛ لأنه ليس بعتق ناجز ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : كالمدبر .

(٣) في أ : من .

(٤) في أ : الكتاب .

فينبغي أن تكون الكتابة كذلك [وكأنهما] (١) عقد عتق طرأ بعد الرهن ، وقد يتم فيهما العتق ، وقد لا يتم .

ووجه القول الثاني : اعتبار الطوارئ ؛ لأن الراهن إذا كان مُوسِرًا يوم دَبَّرَه ، فقد يعسر يوم يحل الأجل ، فيبطل التدبير مع القدرة على نفوذه ؛ لأنا إذا أغرمناه الدَّين لم يبطل التَّدبير إلا ما يكون من دين بعد الموت .

وكذلك [الكتابة] (٢) لأنه قد يعسر يوم حلول الأجل ، فلا يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاءً بالدين ، فتبطل الكتابة كلها ؛ إذ لا يكاتب بعض عبد ، ولا يُدَبَّر بعض عبد .

وأما القول الثالث : فقد أشرنا إلى توجيهه في أثناء الجواب .

واختلف إذا كان بيع بعد المُدَبَّر يَفِي بالدَّين ، هل يباع منه بالدَّين ، ويبقى الباقي مُدَبَّرًا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يباع منه على أنه مدبر ، ولا يقاويه بخلاف أم الولد التي يجوز أن يبقى بعضها على حساب أم الولد ، وهو قول ابن المواز .

والثاني : أنه يجوز أن يباع منه ، ويبقى الباقي على أنه مُدَبَّر ، وهو ظاهر المدونة ؛ إذ لا مانع من ذلك ولا غرر فيه ، ولا خطر بخلاف الكتابة.

فلو لم يكن مع السيد مال فقضى العبد ما هو فيه مرهون من مال نفسه، فإنه يتم عتقه .

وهل يرجع على سيده بذلك أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه لا يتبعه بشيء ، وهو مذهب أبي الزناد ،وهو ظاهر

---

(١) في أ : وكلاهما .

(٢) في أ : الكتاب .

[المدونة] [١] ؛ لأن عتقه في العبد لم يكن عتقًا يتم إلا بقضاء الدَّين ، فصار كأنه أَدَّى الدَّين و[هو] [٢] في ملك سيده ؛ لأنه لو مات على تلك الحال مات رقيقًا .

والثاني : أنه يرجع على السيد ويتبعه بما أدى عنه ، كما لو أداه أجنبي من الناس إذا قال : إنما أَدَّيت : لأرجع عليه ؛ لأن السيد رضي ببقاء الدَّين في ذمته ؛ ولأن الغُرَمَاء لو شاؤوا أن يصبروا بدينهم ويجيزوا [عتقه] [٣] ففعلوا لكان ذلك لهم ، فصار تأخير العبد للسيد بما أَدَّى عنه كتأخير الغُرماء له ، وهذا هو الصحيح .

وأما قوله في القول الأول كأنه أدَّى الدَّين ،وهو في ملك السيد : فلا يصح به الاستدلال على تمشيته ما يبد ؛ لأنه لو دَايَنَ السيد ثم أعتقه ، ولم يكن السيد استثنى ماله حين العتق لكان عتقه جائزًا ، ويبقى دينه في ذمة السيد ، وهو مذهب « المدونة » ، وليس له أن يَرد عتق نفسه لما كان له على سيده من دين ؛ لأنه إذا رَدَّ عتق نفسه [ق / ١٧١ ب] كان أضر به؛ لأن السيد أخذ ماله ، فلا مائدة له في هذا ؛ فلا يكون حرًا و يتبع سيده بدينه أولى من أن يرد عتق نفسه ، فيأخذ سيده ماله إذا شاء كما قيل [فيما][٤] إذا [زوج] [٥] إذا تزوج أمته من عبد وقبض صداقها ثم أعتقها قبل البناء بها ولا مال للسيد ، فاختارت نفسها ، فقال الزوج : أنا أطالب السيد بالصداق الذي قبض ،وأرد فيه عتق الأمة ؛ فقال :لا يكون

(١) في أ : المذهب .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : تزوج .

لها خيار وتبقى تحته ؛ لأن اختيارها [الطلاق] [(١)]يوجب سقوط عتقها.

[وسقوط عتقها] [(٢)] يوجب ألا يكون لها اختيار ؛ فلأن تبقى حرة تحت عبد خير من إرقاقها الذي يؤدي إلى سقوط خيارها.

وهذا منه بناء على أن المرأة لا تملك الصداق إلا بالدخول ، ويؤخذ من « المدونة » أنها تعتق ويتبع السيد بالصداق ، ولا يرد فيه عتقها من قوله في السيد إذا أخذ مهر أمته [وأعتقها] [(٣)] ثم طلقها الزوج قبل البناء : أن العتق نافذ ولا يرد ؛ لأنه دين حدث بعد الطلاق بناءً [منه على] [(٤)] أنها تملك جميع الصداق بالعقد ، وقد [أشبعنا] [(٥)] الكلام في هذا المعنى في غير هذا الموضع .

وأما تصرفه في أمة الرهن [بالوطء] [(٦)]: فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون بمباشرة من الراهن ، أو بسبب منه .

فإن كان ذلك بمباشرة من الراهن ؛ مثل أن يَطَأَها الراهن ، فحملت من وطئه ، فإن كان ذلك قبل الحوز : فحكمه حكم العتق في جميع ما ذكرناه.

وإن كان ذلك بعد الحوز : فلا يخلو من أن يكون وطؤه بإذن المرتهن ، أو بغير إذنه .

فإن كان ذلك بإذنه : كان ذلك خروجًا من الرهن ، وتكون أُمّ

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) في ب : أوسعنا.
(٦) سقط من أ .

ولد ، ويبقى الدين في ذمته بلا رهن .

وإن كان بغير إذنه : فالمذهب على قولين :

أحدهما : التفصيل بين أن تكون الجارية تذهب وتجيء في حوائج المرتهن ، ثم وطئها الراهن فحملت : فإن الرهن يبطل ، ولم يعجل الحق ورجعت إلى الراهن أُمّ ولد .

أو تكون لا تذهب وتجيء ، وإنما تَسَوَّر عليها الراهن : فإن ذلك لا يبطل الرهن ، وهو قول ابن القاسم في المدونة [١].

والثاني : أن وطأه بغير إذن المرتهن لا يبطل الرهن ، وإن كانت تذهب وتجيء ، وهو كالتسور .

والقولان عن مالك ، على ما رواه ابن القاسم في « المجموعة » .

وعلى القل [بأن ذلك] [٢] لا يبطل الرهن : فلا يخلو الراهن من أن يكون موسرًا ، أو معسرًا .

فإن كان موسرًا : فلا يخلو الدين من أن يكون عينًا أو عرضًا .

فإن كان عينًا : فإن الدَّين يعجل قبل أجله ، ويجبر المرتهن على قبضه، وكانت أُمّ ولد للراهن .

وإن كان الدَّين عَرَضًا أو طعامًا من سَلَم : فالخيار للمرتهن إن شاء عَجَّل حقه ، وسَلَّم الجارية ، وإن شاء حبسها رهنًا ، وأرجأ الطعام إلى أجله ؛ لأن ذلك من حقه ، وهو قول سحنون في « المجموعة » .

وقوله تفسير للمذهب وليس بخلاف .

فإن كان الراهن مُعْسِرًا : فإنها تباع ، وهل تباع في الحال ، أو بعد

---

(١) المدونة (٤ / ١٥٨) .

(٢) في أ : بأنه .

الأجل فقولان :

أحدهما : أنها تباع في الحال ، ولا ينتظر بها الأجل .

والثاني : أنها لا تباع حتى يحل الأجل ، فتباع بعد الوضع ، وهو قول أشهب .

ثم ينظر ، فإن كان الدَّين يستغرق جميع قيمتها : فإنها تباع جميعها قولاً واحدًا في المذهب ، ولا يباع الولد معها ؛ لأنه حر .

فإن كان بيع بعضها يفي بما عليه من الدَّين ، هل تباع كلها أو يباع منها [بقدر] (١) الدين ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه يباع منها [ق / ١٥٧ / ٢ ـ أ] بقدر الدَّين ، ويعتق الباقي في الحال ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب أمهات الأولاد » في وطء [أحد] (٢) الشريكين أمة بينهما .

والثاني : أنها تباع جميعها، وما كان فيها من فضل ، فإنه [يكون] (٣) للسيد ؛ إذ لا يكون بعض [الأمة] (٤) أمّ ولد ، وهو قول أشهب في «المجموعة » .

فإن كان ذلك بسبب [من] (٥) الراهن مثل أن يزوجها بعد الرهن والحوز ، فهل يجوز هذا النكاح أم لا ؟

---

(١) في أ : بغير .
(٢) سقط من ب .
(٣) في أ : لا يكون .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : إلى .

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن النكاح فاسد ، ويفسخ قبل البناء ، فإن بنى [بها] [١] بعلم المرتهن فسخ رهنه ، فإن لم يعلم : فله أن يَحُول بينه وبينها ما دامت في الرهن ، ولا يفسخ النكاح ، ولها الأكثر من صداق المثل أو المسمى لها، وهو قول أشهب في « المجموعة » .

والثاني : أن النكاح جائز ، ويعجل الراهن حقه للمرتهن بمنزلة أن لو أعتقها أو بتلها عمدًا ، وهو قول سحنون في الكتاب المذكور .

والثالث : أن النكاح موقوف على إجازة المرتهن ورده ؛ لأن النكاح يعيب الرهن ؛ فإن رضي به جاز النكاح ، وإن لم يرض به فسخ النكاح - دخل أو لم يدخل - وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في آخر « كتاب [الرهون] » [٢] .

فإن بنى [بها] [٣] بغير علم المرتهن فافتضها إن كانت بكرًا ، فعلى الزوج صداق المثل يوقف معها في الرهن كالجناية عليها ، وإن نقصها الافتضاض أكثر مما أخذ السيد من الصداق غرم السيد الزائد ، ويوقف مع الصداق رهنًا ، وهو قول ابن عبد الحكم .

وتفصيل أشهب بين أن يعتق على ذلك قبل البناء أو بعده ضعيف من وجهين اثنين :

أحدهما : أن جواز النكاح يكر على الرهن بالبطلان ؛ لأن ذلك مما ينقصه ويخرجه عن الحوز .

والثاني : أن إجازته تؤدي إلى إجازة النكاح حيث لا يحوز الوطئ ؛ لأن الزوج قد دخل على ألا يطأها حتى تخرج [من

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الرهن] [١] ، فصار كمن تزوج امرأة على ألا يطأها سَنَة : فقد نص مالك في ا«لمدونة » على أن النكاح لا يجوز إلا أن يكون هناك عذر بيِّن ؛ مثل أن تكون الزوجة صغيرة ، ويكون زوجها غريبًا ، فاشترطوا عليه ألا يبني بها سنة ، وقد قال مالك في غير ما موضع من المدونة : أن النكاح لا يجوز إلا حيث يجوز الوطء ، إلا في دم النفاس ، والحيض ، وما أشبههما .

ثم إنا بحثنا فوجدنا في المذهب مسائل كثيرة [جوزوا] [٢] النكاح [فيها][٣] حيث لا يجوز الوطء ؛منها : مسألة نكاح المعتكفة ،ومنها : مسألة من تزوج امرأة وتحته أختها ، وكان يطؤها بملك يمينه على أحد قولي ابن القاسم .

ومنها : مسألة التي [واجرت] [٤] نفسها للرضاع مدة معلومة : فقد نص في « المدونة » على أن زوجها يمنع من وطئها إذا واجرت نفسها برضاه، فعلى هذا لا يجوز نكاحها بعد الإجارة ؛ لأن زوجها يمنع من الوطء ، فيلزم على قول أشهب أن يجوز النكاح .

وسبب الخلاف : في مسألتنا : الخيار الحكمي ، هل هو كالخيار الشرطي أم لا ؟

فرع : وأما إذا وطئها المرتهن ، فلا تخلو من أن تكون بكرًا أو ثيبًا.

فإن كانت بكرًا : فإن أكرهها ، فعليه ما نقصها قولاً واحدًا .

(١) سقط من أ .
(٢) في ب : جوز .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : آجرت .

وفي [الطوع] [١] قولان :

أحدهما : أنه كالإكراه ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أنه لا شيء عليه مما نقصها الوطء إذا طاوعته ، وهو قول أشهب في غير المدونة .

فإن كانت ثيبًا وأكرهها : فعليه ما نقصها الوطء .

وإن طاوعته فقولان :

أحدهما : أنه لا شيء عليه [مما نقصها الوطء] [٢] ،وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، ويلزم [في] [٣] المسألة قول آخر : أنه يغرم ما نقصها الوطء ؛ لأن طوعها لا يسقط الحق الواجب للسيد على الواطئ .

والحد واجب على المرتهن في جميع ذلك ، ولا يسقطه عنه طوع ولا إكراه ، وتبقى الأمة رهنًا مع الولد إن ولدت من المرتهن في ذلك [كله][٤]، ولا يلحق به الولد .

وقد قال في « المدونة » : ولو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه ولدها ؛ لأنه لم يثبت نسبه منها [تم الكتاب والحمد لله وحده] [٥].

❑❑❑

(١) في أ : إكراهه ،والصواب ما أثبتناه من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : من .

(٤) سقط من أ .

(٥) زيادة من ب .

كتاب الحمالة

كتاب [الحمالة] (١)

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها تسع مسائل :

المسألة الأولى

في اشتقاق الحمالة ، وبيان تقاسيمها

ومعناها : الحفظ ، والحياطة ، والتزام القيام بالشيء ، وهي الضمان ، ولها سبعة أسماء؛ وهي : زعيم ، وكفي [وقبيل](٢) وحميل ، و[أذين] (٣) ، وضامن ، وصبير ، وكلها موجودة في القرآن ، والسنة ، والآثار ، والنثر ، والأشعار ، قال الله تعالى في الزعيم : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(٤) وقال جلَّ وعلا : ﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾(٥) ، وقال النبي ﷺ: « **الزعيم غارم** » (٦) ، وقال : « **لا تقوم الساعة حتى يكون زعيم القوم أرذلهم** » (٧) .

والزعيم : هو السيد ، أي : من يحتمل الكلام عنهم ، ويتقدم فيه دونهم ، وينوب فيه منابهم ، ومنه قول الشاعر :

---

(١) في ب : الحمالات .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الأذين .

(٤) سورة يوسف ، الآية (٧٢) .

(٥) سورة القلم ، الآية (٤٠) .

(٦) أخرجه الترمذي (١٢٦٥) ، وابن ماجة (٢٤٠٥) ، وأحمد (٢٢٣٤٨) ، (٢٢٣٤٩)، والدارقطني (٣ / ٤٠) من حديث أبي أمامة ، وصححه الألباني ـ رحمه الله .

(٧) أخرجه الترمذي (٢٢١٠) ، والطبراني في الكبير (١٨ / ٥١) حديث (٩١) ، والأوسط (٤٦٩) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ / ٣٥٩) من حديث علي رضي الله عنه ، وضعفه الشيخ الألباني ـ رحمه الله .

وإن زعيم القوم لا يقبل الرشا يكون إمام القوم في الحادثـات

وقال عز مـن قائل :﴿ وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً ﴾ (١)، وقـال ﷺ : «**تكفل الله لمن جاهد في سبيله ، لا يخرجه من بيته إلا الجهاد في سبيله ابتغاء مرضاته أن يدخله الجنة ، أو يرده إلى مسكنه الذي خرج منه مع ما كان من أجر وغنيمة** » (٢).

وقال سبحانه في القبيل : ﴿ أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلائِكَةِ قَبِيلاً ﴾ (٣).

والأذين : مـأخوذ مـن قولـه تعـالى : ﴿ وَإِذْ تَـأَذَّنَ رَبُّكُـمْ لَئِن شَكَـرْتُـمْ لأَزِيدَنَّكُمْ ﴾(٤).

وقال تبارك اسمه : ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبْعَثَنَّ عَلَيْهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ﴾ (٥).

وأصلـه من الأذان ، وهو الإعـلام الذي لا يكـون إلا بمعلـوم متيـقن حاصل ، لا يصح أن يوجد بخلاف مخـبره [إذ هو مأخوذ من العلم الذي هو معرفة المعلوم على ما هو به بخلاف الأخبار التي يصح أن توجد بخلاف مخـبره] (٦) لما يدخله من الصدق والكـذب ؛ كأن يقول الرجل أنا أدين بما لفلان على فلان إيجابًا مـنه على نفسه [أدى المال] (٧) ؛ إذ لا يسـتعـمل ذلك اللفظ إلا في الواجب المتيقن الذي لا يصح أن يكون الأمر بخلافه.

وقال امرؤ القيس :

(١) سورة النحل الآية (٩١) .
(٣)أخرجه البخاري (٢٩٥٥) ، ومسلم (١٨٧٦) .
(٢)سورة الإسراء الآية (٩٢)
(٤) سورة إبراهيم الآية (٧) .
(٥) سورة الأعراف الآية (١٦٧) .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .

وإني [زعيم] [١] إن رجعت مملكًا ... لسير ترى منه الفرانق أزورا

[على لا حب لا يهتدي بمناره ... إذا ساق العدد النباطي جرجرًا][٢]

والحميل : [مأخوذ] [٣] من قوله تعالى : ﴿ **وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ** ﴾ [٤] .

وفي بعض طرق الحديث : « **الحميل غارم** » .

[والضامن] [٥] : مأخوذ من الضمان ، وهو الحرز ، فمن ضمن شيئًا فقد أحرزه ، وهو [كثير] [٦] في المعنى في عرف الاستعمال .

والصبير : مأخوذ من الصبر ؛ وهو الثبات ، فكأنه أثبت على نفسه حقًا وحبس نفسه لأدائه .

وهي ـ أعني الحمالة ـ على ثمانية أوجه :

حمالة مبهمة مطلقة ؛ وهو أن يقول : أنا لك [حميل] [٧] أو زعيم ، ونحوه :

وحمالة بالمال مطلقة وحمالة بالمال على أنه [لا] [٨] رجوع للتحمل على المتحمل عنه ، وهو [الحمل] [٩] ، وحمالة بنفس مطلقة ، وحمالة بنفس مقيدة أي : ليست من المال في شيء ، وحمالة مترقبة : لما ثبت على

(١) في ب : أذين .
(٢) زيادة من ب .
(٣) سقط من أ .
(٤) سورة فاطر الآية (١٨) .
(٥) في ب : والحميل .
(٦) في ب : بيّن .
(٧) في ب : كفيل .
(٨) سقط من أ .
(٩) في أ : الحميل .

فلان ، وبما يوجبه الحكم عليه ، وحمالة بالجناية ،وما لا يمكن استيفاؤه من الحميل .

وهذه الوجوه كلها لازمة على الجملة جائزة .

فأما الحمالة المبهمة المطلقة إذا عَرِيتْ من ذكر المال ، أو دليل الحال ، هل تحمل على المال أو على النفس ؟ فبين المتأخرين قولان.

وأما الحمالة بالمال المطلق : فلازمة للحميل ، وفيها الرجوع بالمال على المتحمل عنه بكل حال إلا في مسألة واحدة ؛ وهي حمالة الصداق عند عقد النكاح : فإن المذهب فيها على قولين :

أحدهما : أن الحميل يرجع على المتحمل عنه بما أدى كسائر الحمالات ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم .

والثاني : أنه على الحميل يحمل ، ولا رجوع له عنه حتى يتبين أنه أراد الحمالة ، وهو قوله في المدونة ، وقول ابن حبيب في« الواضحة » ، ورواية سحنون عن ابن القاسم في «العتبية » .

وأما الحمالة بالمال على ألا يرجع : فهو الحمل ،وقد اختلف فيه هل يفتقر إلى الحوز كالهبة أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه يفتقر إلى الحوز ، وأنه يلزمه في الحياة ، ويسقط عنه بعد الوفاة كالهبة إذا لم تقبض حتى مات الواهب ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم ، وقاله ابن حبيب في« الواضحة » .

والثاني : أنه لا يفتقر إلى الحوز ، وأن ذلك لازم في الحياة ، وبعد الممات ، وهو قول ابن الماجشون في حمالة الواضحة ؛ قال : لأنه ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه ، ومن حقه عليه ، فكأنه قال : له ابتداء عقد كذا وكذا من مالك ، وهو لك عليّ ، أو أعطه ثوبك وثمنه [ق /

١٧٢ ب] لك عليّ.

وأما الحمالة بالنفس ، أو الوجه المطلقة من غير أن يشترط المال على نفسه عند عجزه عن الإتيان بالغريم ، وإحضاره ، ولا التبرئة منه : فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المال لازم للكفيل سواء أحضر الأصيل أو لم يحضره ، وهو قول مالك في كتاب ابن الجهم .

والثاني : أنه لا [يلزمه] [1] المال في الوجهين ـ يعني : سواء أحضره أو لم يحضره ـ إلا إذا فرط في إحضاره حتى أعوزه ، وهو قول محمد بن عبد الحكم .

والثالث : أنه إذا [ق / ١٥٨ / ٢ ـ أ] أحضره سقط عنه الغرم على أيّ وجه أحضره من اليسر والعسر ، وإن لم يحضره لزمه الغرم ، وهو مذهب المدونة وهو المشهور .

ثم لا يخلو المكفول بوجهه من أن يكون حاضرًا أو غائبًا .

فإن كان حاضرًا : فإن [الكفيل] [2] يبرأ إذا جميع بينه وبين غريمه في موضع يقدر على الانتصاف منه ، فإن أمكنه في موضع لا يقدر الطالب على الانتصاف منه مثل أن يمكنه في مفازة ،أو في العمران حيث لا سلطان: فإن ذلك لا يبرئه من الحمالة .

فإن لقيه الطالب بموضع يقدر فيه على الانتصاف منه من غير أن يكون الحميل هو الذي جاء به هل [يكون] [3] ذلك براءة للحميل أم لا ؟

---

(١) في أ : يلزم .

(٢) في أ : الحميل .

(٣) سقط من أ .

فلا يخلو من أن يشترط ذلك الحميل على الطالب ، أو لم يشترطه .

فإن اشترط على الطالب إن لقيك غريمك ، فتلك براءتي ، فهي براءة للحميل ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

وإن لم يشترط ذلك ،فهل يكون [ذلك] (١) براءة للحميل أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك ليس ببراءة للحميل حتى يكون هو أو وكيله هو الذي مكَّنه منه ، ووصَّلَه إليه ، وهو نص قوله في المدونة .

والثاني : أن ذلك براءة للحميل إذا لقيه بموضع يقدر على الانتصاف منه، وهو ظاهر قوله في المدونة : إذا حصل الغريم في الحبس ، ولم يكن الحميل هو الذي حبسه حيث قال : فإن كان ذلك براءة للحميل إذا تخلص مما سجن فيه ، ولا فرق بين أن يكون هو الذي مكنه من نفسه باختياره دون واسطة الحميل ، أو يكون مقدوراً عليه في الحبس ، ولم يكن الحميل حبسه، ففي كلتا المسألتين تمكن منه الطالب بغير سبب الحميل .

فأما إن كان الغريم غائبًا : فلا تخلو غيبته من أن تكون قريبة أو بعيدة.

فإن كانت قريبة : قال في « المدونة » : « مثل اليوم وما أشبه » ، وفي « الموازية » : « اليوم واليومين » ، وفي « العتبية » : « أو الثلاثة » ، هل يتلوم له أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الإمام يتلوم للحميل ليحضره [على] (٢) قدر ما يرى ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وقال بعض المتأخرين : إن كانت غيبته يومًا تلوم له ثلاثة أيام يوم خروجه، ويوم إقامته ، ويوم مجيئه ؛ إذ لا يتأتى له وجوده يوم وصوله .

وإذا كانت غيبته يومين [صار التلوم له خمسة أيام : يومين] [1] في سفره ، ويومين في قدومه ، ويوم إقامته فيكثر التلوم ، وإذا كانت الغيبة ثلاثة أيام كان التلوم سبعة أيام .

والثاني : [أنه] [2] لا يتلوم له ، وأنه [يعطي] [3] عليه بالغرم ، ولا يضرب له أجلاً ليطلبه ، وهو قول ابن وهب في « الموازية » .

فإن كان بعد الغيبة ، فلا يتلوم له قولاً واحدًا ، وليغرم مكانه ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية ، ولا [مخالف] [4] له في المذهب فيما علمت .

فإذا حكم على حميل الوجه بالغريم ، فلم يغرم حتى قدم للغريم أو أتى به ، فهل يبرأ مما حكم عليه به أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المال يلزمه غرمه بالحكم ، فإذا حكم عليه الحاكم بالغرم فإنه يلزمه ، وإن لم يدفع المال ، ولا يسقط عنه إتيانه [بالغريم] [5] على صفة الإيسار ، والإعسار ، وهو قول عبد الملك ، وهو ظاهر قوله في المدونة .

والثاني : أنه مهما أتى بالغريم قبل أن يدفع المال المحكوم عليه به برأ من

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : يعصي .
(٤) في أ : مخالفة .
(٥) في أ : بالغرم .

الضمان ـ كان الغريم موسرًا أو معسرًا أتى به قبل الأجل أو بعده ـ وهو ظاهر المدونة أيضًا ؛ لقوله في الكتاب : « متى أتى بالمضمون برئت ذمته ما لم يغرم المال » ، ومثله في سماع [عيسى] [١] عن ابن القاسم ، ونحوه عن سحنون ، وهو تأويل ابن لبابة على المدونة ، فحملوا الحكم المذكور في الكتاب على الغرم دون الإشهاد ، والقول الأول أظهر في النظر أن يلزمه الغرم [بالحكم] [٢] وإن لم يدفع المال .

والثالث : التفصيل بين أن يأتي به [عند] [٣] [حلول] [٤] الأجل أو بعد حلوله ؛ فإن أتى به [عند] [٥] الأجل : فإنه يبرأ ولا يغرم .

فإن حلَّ الأجل ، ولم يأت به فإنه يغرم ، ولا ينفعه أن يأتي بعد الأجل ، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في « ثمانيته » ، وظاهر كلامه : ألاَّ فرق بين أن حكم عليه بالغرم قبل الأجل أم لا ما لم يغرم .

فإن مات الغريم قبل الأجل أو بعده ، في البلد أو في غيبته ، هل يبرأ الكفيل بذلك أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن [الكفيل] [٦] يبرأ بموت المضمون مات في البلد أو في غيبته قبل الأجل أو بعده ؛ لأن النفس المكفولة قد ذهبت، وإنما تنفع الكفالة بالنفس ما كان حيًا ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » إذا مات في البلد ، وهو قول أشهب في « الموازية » أنه لا غرم عليه ـ مات في البلد

---

(١) في أ : يحيى .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : قبل .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : قبل.
(٦) في أ : الحميل .

أو في غيبته .

وظاهر « المدونة » : أن لا فرق بين أن يموت في البلد أو في غيرها إذا ثبت موته قبل أن يغرم أو يحكم به علـيه على القول بأن الحكم بالغرم على الحميل كالغرم ، وأنـه لو غرم ثم ثبت بالبينة أن الغريم مات فـي غيبته قبل القضاء لرجع الحميل بما أدى على رب الدين .

والثاني : أن موته لا تبرأ به ذمة الحميل ـ مات في البلد أو في غيرها ـ وهو أحد قولي مالك في « كتاب محـمد » ؛ قال محمد عن ابن القاسم : قيل لمالك : فإن مات في البلـد أيلزم الحميل شيء ؟ قال : أرأيت إن غاب إلى سفر ، ألم يكن عليه أن يعطيه حقه ؟ قال مالك : والخروج [منها] (١) أبين ، قال محمد : وهو المعروف من قول مالك وأصحابه .

والثالث : التفصيل بين أن يكون الدين حالاً ، أو إلى أجل ؛ فإن كان الدين حالاً : فإن الغريم يغرم ـ قربت الغيبة أو بعدت .

فإن كان مـؤجلاً ومات الغـريم بعد حلـول الأجل : ضمن الحـميل ـ قربت غيبته أو بعدت .

فإن مات قبل حـلول الأجل : فانظر فإن مات قبل حـلول الأجل بأيام كثيرة لو خرج فيه الحميل لجاء به قبل الأجل ، فلا شيء عليه .

وإن كان لو طلب فخرج ، ولم يأت بـه إلا بعد الأجل : فهو ضامن، وهو قول ابـن القاسم في « العـتبية » و« الموازيـة » ، وأما الحمالة بالـنفس المقيدة ، فإنها ليست من المال فـي شيء ، فهذا لا يلزمه إلا إحضار الغريم خاصة ، وعليه طلبـه حتى يأتي مع القدرة عليه ، ويلزمه طـلبه فيما قرب من البلاد على مسيرة يوم أو يومين ، أو ما لا ضرر فيه على الحميل .

---

(١) سقط من أ .

وأما طلبه في [البلاد] (١) النائية : فلا خلاف أنه لا يلزمه طلبه فيها.

واختلف فيما بين ذلك مما ليس ببعيد متفاحش مما جرت عادة الناس بالسفر إليه ، هل يجب عليه الطلب فيه أم لا على قولين :

أحدهما : أنه يلزمه الخروج بنفسه ، أو يرسل أو يغرم ، وهو قوله في كتاب ابن حبيب .

والثاني : أنه لا يلزمه طلبه إلا في مسافة قريبة ، كاليوم واليومين ، وهو قول أصبغ ، وهذا كله إذا عرف مكانه .

وأما إن جهل مكانه : فليس عليه طلبه ، ولا الغرم عنه .

فإن ترك الطلب ، أو قدر على إحضاره ، فلم يفعل : فإنه يعاقب بالسجن بقدر ما يرى الإمام ، ويأمره بإحضاره إن قدر عليه ، وأما أن يضمنه المال : فلا ، إلا أن يلقاه فيتركه ، أو غيبه في بيته فلم يظهره .

وأما حمالة الطلب : فتصح في كل شيء ، وتصح فيما يتعلق بالأبدان، وحقوق الآدميين ،والقصاص ، إذا رضي بذلك صاحب الحق يتركه على أن يحضره له الحميل متى شاء ، ولا شيء على الحميل إن لم يحضره مما لزمه من إقامة الحد عليه ، أو أخذ القصاص منه ، إلا أن يعلم أنه يقره وأمكنه إحضاره حين طولب بإحضاره فتركه حتى أعوزه : فهذا يسجن حتى يحضره ، ويعاقب بقدر [عوزه] (٢) وما أدخله على نفسه .

وأما الحمالة المترقبة : فلازمة بما ثبت ببينة ؛ مثل أن يقول : داين فلانًا فما داينته به من شيء ، فأنا له ضامن ، أو يقول : ما دَانَ لك قبل فلان فأنا له ضامن ، أو بايع فلانًا فما بايعته به فأنا له ضامن ، وما أشبه ذلك

---

(١) في أ : البلد .

(٢) في ب : غروره .

مما يترقب أمره ، وجهل قدره في الحال : فالكفالة [بذلك كله] (١) جائزة، وهي جائزة بما لم تعلم كميته ولا كيفيته ؛ لأنها معروف ،والمعروف يجوز فيه الغرور والمجهول ، وهي لازمة ـ أعني : كفالة مترقبة ـ فيما ثبت ببينة ، ولا خلاف في ذلك .

واختلف فيما ثبت بإقرار المدعى عليه هل [يلزم] (٢) الحميل أم لا ؟على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه لا يلزم الحميل إلا ما ثبت ببينة دون ما ثبت بالإقرار ، وهو ظاهر قوله في المدونة فيمن ادعى قِبَل رجل حقًا ، وهو منكر ، فقال رجل للطالب : أنا به حميل إلى غد ، فإن لم [أوفيك] (٣) به في غد ، فأنا ضامن للمال ، فمضى الغد ولم يأت [به] (٤)، فقال : لا يلزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة ، وهو نص قوله في « كتاب محمد » .

والثاني : أن ذلك لازم للكفيل ، وأن ما ثبت بالإقرار بمنزلة ما ثبت بالبينة سواء ، وهو ظاهر المدونة أيضًا من قوله في الذي قال : لي على فلان ألف [ق / ٢٥٩ / ٢ـ أ] درهم فقال له رجل : أنه به كفيل ، فأتى فلان فأنكرها ،لم يلزم الكفيل شيء حتى يقيم الطالب بيِّنة ؛ لأن الذي عليه الحق جحد، وظاهر اعتلاله أنه لو أقر لزم الحميل الغرم .

وأما الحمالة : بالجناية وما يتعلق بها من الحدود والقصاص ، والعقوبات بالأبدان مما لا يصح فيه النيابة .فقد اختلف العلماء في لزومها وصحتها ،

(١) في أ :كله بذلك .
(٢) في أ : يلزمه .
(٣) في ب : أجئك .
(٤) سقط من أ .

فذهبت طائفة من العلماء أنها لا تصح ولا يلزم وهو مشهور ، مذهب مالك رضي الله عنه ، وذهب آخرون إلى جوازها ، وصحتها ، وجعلوا حكمها حكم الحمالة بالأوجه المفيدة ، وأنه لا شيء عليه إن لم يأت به إلا عثمان البتي منهم ، فإنه يلزم الحميل إن لم يأت به في القتل والجراح دية القاتل وأرش الجراح ، ووقع لأصبغ من أصحابنا في واضحة ابن حبيب ما ينحو نحو مذهب البتي، فقال في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل ، وأخذ المال يؤخذ ، فيعطى حميلاه فيتحملون [عنه] (١) كل ما اجترم من قتل وأخذ مال أن ذلك يلزمه ، ويؤخذوا بكل ما يؤخذ به غير أنهم لا يقتلون ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

المسألة الثانية

في اختلاف الحميل والطالب في: الألفّ] (١) المقبوض

مثل أن يكون عـليه ألف مـن قـرض ، وألــف من كفـالة فدفـع إليـه ألفًـا ، فادعى الدافع أنها من القرض وقال القابض : هي من الكفالة ، ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يتفقا على الإبهام ، وأنهما لم يبينا شيئًا .

والثاني : أن يدعي أحدهما الإبهام [وادعى] (٢) الآخر البيان .

والثالث : أن يتفقا على البيان واختلفا في نوعه .

فأما الوجه الأول : [إذا] (٣) اتفقا على الإبهام ،وأنهما لم يذكرا شيئًا ولا فسرا نوعًا ، فلا يخـلو الدينان من أن تتفق آجالهمـا أو تختلف ، فإن اتفقت آجالهما ، فالألف تقسم بين [الحقين] (٤) حلا أم لم يحلا ؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر .

فإن اختلفت الآجال وحل أحدهمـا ولم يحل الآخر ، فالقول قول من ادعى أنه مــن الحق الحال ؛ إذ الغـالب [أن] (٥) النـاس إنما يقضـون من الديون ما حل منها .

وأما الـوجه الـثـاني : إذا ادعـى أحدهـما الإبهـام ،والآخـر ادعـى البـيان ، فالذي يأتي على مذهب ابن القاسم أن يكون من ادعى الإبهام قد [يـعلـم](٦) القسمة ، فيـكون النصف قد ثبت لمدَّعِي البيـان ، والتعيين في

(١) في أ: الدفعة .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : إن .

(٤) حقين .

(٥) في أ : من .

(٦) في ب : يسلم .

القضاء ، ثم يكون النصف الثاني مقسومًا بينهما بعد أيمانهما لتساوي دعواهما فيه ، فيكون ثلاثة أرباع القصاص عن الحق الذي سَمَّاه أحدهما ، والربع عن الآخر الذي ادّعَى الإبهام ، وإلى هذا المعنى أشار بعض المتأخرين .

وأما الوجه الثالث : إذا اتفقا على البيان ، واختلفا في نوعه مثل أن يدعي الدافع أن الألف الذي دفعت هي من القرض ،وقال القابض : بل هي من الكفالة .

فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أن الألف تقسم [ق / ١٧٣ ب] بين الحقين ، فيكون نصفها من القرض ونصفها من الكفالة ،وهو قول مالك في المدونة .

والثاني : أن القول قول المقتضي مع يمينه ؛ لأنه مدعى عليه ، وقد [ائتمنه] [١] الدافع حين دفع إليه ، وهو قول الغير في الكتاب ، ولا يخلو المكفول من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان معسرًا أو قال الذي له الدين : إنما أخذت الألف عن الكفالة كراهة [مني] [٢] في مطالبة من عليه الدَّين بالكفالة لعسره ، ووجوب طلبه للكفيل على تلك الحال ، وقال : أنا آخذ الكفيل بما عليه من قرض ، ففي هذا الوجه يشبه أن يكون الحكم كما قال ابن القاسم .

وأما إن كان موسرًا فلا فائدة [لدعوى الطالب] [٣] أنها من الكفالة؛ لأنها إن كانت من القرض كما قال الدافع كان للذي له الدَّين اتباع ذمتين

(١) في ب : أمنه .

(٢) في أ : منه .

(٣) في أ : للطالب .

بالألف الباقية : ذمة الكفيل ،والذي عليه الدَّين فهو خير له من اتباع ذمة واحدة .

لأن الكفيل لو كان موسرًا ،والذي عليه الدَّين مُعْدَمًا لغرم الكفيل الألف الأخرى إما عن قرض ، وإما عن كفالة ، فلا فائدة هناك [لاختلافهما] (١) واختلافهما إنما يتخرج على أن الذي عليه الدَّين مُعْسِرًا أو على أحد القولين في تخيير الطالب في الطلب من الكفيل أو الأصيل في يُسْر الغريم .

وأما على القول بالتبرئة ،وأن الكفيل لا يطالب إلا في عدم الغريم ، فينبغي أن يكون القول قول الدافع ؛ لأنه عن ذمته يقضي والغرم بالكفالة [لم يجب عليه بعد] (٢)، فتدبر هذا المعنى تجده صحيحًا إن شاء الله تعالى، وهو معنى ما في الكتاب [والحمد لله وحده] (٣).

❑❑❑

---

(١) في ب : في اختلافهما .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثالثة

في أحد الشريكين [في الدَّين] (١)

يَغِيبُ أحدهما ، ويقتضي الآخر حقه بإذن الإمام

ولا يخلو الغريم من أن يكون مليًا بحقهما جميعًا [أو بحق أحدهما فإن كان مُوسِرًا بحقهما جميعًا فإنّ] (٢) الحاكم [يحكم] (٣) للحاضر باقتضاء جميع حقه .

ثم قدم الغائب والغريم معسر ، فقد قال في كتاب [الحمالات] (٤) من المدونة : إنه لا يدخل مع الحاضر فيما قبض من [غريمهما] (٥) ؛ لأنه كان مليًا بحقهما جميعًا ، والحاضر قد اقتضى حقه بحكم الحاكم .

وقد قال في كتاب « القطع في السرقة » في السارق يسرق من رجلين مالاً قطع فيه ،وأحدهما غائب ،والسارق موسر بقيمة سرقتهما جميعًا ، فاقتضى الحاضر جميع حقه ، ثم قدم الغائب والسارق عديم . فقال ابن القاسم : إن له الدخول مع الحاضر فيما قبض ، ويتبعان جميعًا ذِمَّة السَّارق.

والغريم مليٌّ بحقهما جميعًا في الموضعين ، فجعل له الدخول مع الحاضر في أحد الموضعين ، ومنعه في الآخر .

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : الحمالة .

(٥) في أ : غيرهما .

وقال بعض المتأخرين : وذلك اختلاف أسئلة ،والفرق بينهما [أنه] [(١)] في مسألة الكفالة قد رضى بذمة الغريم حين معاملته إياه .

فإذا قضى القاضي للحاضر بأخذ حقه والغريم مليٌّ بحق الغائب ،فلا حجة له إذا قدم على أي حالة وجد الغريم ، إن وجده موسرًا أخذ منه حقه ، وإن وجده معسرًا اتبع [الذمة] [(٢)] التي رضى بها أولاً بخلاف مسألة السرقة ، فإ الغائب لم يرض بذمة السارق ، ولا عامل عليها ، ولا [دخل] [(٣)] على اتباعها ، فكأن الحاكم قد أخطأ في تمكين الحاضر من استيفاء حقه ، وأبقى حق الغائب في ذمة لم يكن بها راضيًا ،ولا عامل على اتباعها ؛ فلذلك جاز له الدخول على الحاضر فيما قبض ثم يتبعان جميعًا الغريم بما بقى لهما.

فاختلف الجواب لاختلاف السؤال .

وأما الوجه الثاني : إذا كان الغريم موسرًا بمقدار حق أحدهما ثم [أذن][(٤)] الحاكم للحاضر ، فقبض حقه فلا يخلو من أن يحكم له الحاكم بقبض جميع حقه ،و حكم له بقبض القدر الذي ينوبه في المُحَاصَّة لو كان معه صاحبه [فإن قضى له بقدر جميع حقه ، فقد أخطأ الإمام في قضائه، ويكون للعادم أن يدخل معه فيما قبض ؛ لأنه كالمفْلِس ، ولا خلاف في هذ الوجه .

وأما الخلاف إذا حكم له بقبض القدر الذي يُنوبه في المُحَاصَّة معه لو

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : ذمة .
(٣) في أ : حل .
(٤) سقط من أ .

كان صاحبه معه] [١]، ثم قدم [الغائب] [٢] والغريم مُعْسِر هل يدخل معه فيما قبض أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أنه لا يدخل معه فيما قبض ؛ لأنه كالتفليس ، وذلك أن الغريم إذا أَفْلَس ، وبعض غرمائه غائب ، فإن الإمام يعزل له حقه ،ويوقفه بيد من رأى .

فإن أراد أن يوقفه بيد الغريم جاز ذلك ،وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن القادم يدخل معه فيما قبض ؛ لأنه كالتفليس ، وهو قول غيره في المدونة ، وكلاهما جعل التفليس أصلاً يقاس عليه .

وسبب الخلاف : اختلافهم في حكم القاضي للحاضر بأخذ حقه من الغريم ، هل ذلك مقاسمة أو تفليس ؟

فإن قلنا : إن ذلك مقاسمة بين الحاضر ، والغائب ، فلم يفلسه كان كما قال ابن القاسم : إن القادم لا يدخل مع الحاضر فيما قبض ، غير أنه [لا يلزم] [٣] على ما قال ابن القاسم في الحاضر إذا قبض جميع حقه ، وهو جميع ما بيد الغريم ألا يدخل معه فيما قبض ؛ لأن من أحاط الدين بماله يجوز له أن يقضي بعض غرمائه ما لم يحجر عليه على مشهور المذهب .

فإن قلنا : إن ذلك تفليس [كان] [٤] كما قال الغير ؛ لأن الحاكم قد أخطأ في رَدّ نصيب الغائب إلى الغريم ،وتركه في يده ؛ لأن الواجب

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : القائم .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

توقيف ذلك للغائب ، فيجب أن يكون القضاء فاسداً ، فيرجع على صاحبه، فيقاسمه فيما قبض ، فعلى هذا يكون قول الغير أوجه و[أليق][١] بالقياس على التفليس ، وقياس ابن القاسم عليها فاسد إلا من وجه أن الإمام يندب إلى الحَيْطَة لمال الغائب والنظر فيه إلى صونه ، فكان تركه إياه في يد الغريم بعد المقاسمة من سوء نظر ، فوجب فساد قسمته من ذلك ، فأشبه التفليس [من هذا الوجه] [٢] ، وربك أعلم ، [والحمد لله وحده] [٣] .

❑❑❑

(١) في ب : أبين .
(٢) في أ : من ذلك .
(٣) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
في تأخير الطالب الحميل أو الغريم بعد محل الحق

ولا يخلو تأخيره من أن يكون للحميل أو للأصيل ، فإن كان تأخيره للحميل بعد محل الحق هل يكون تأخيره تأخيراً للغريم أم لا ؟ فإنه يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن تأخيره للحميل لا يكون تأخيرًا للأصيل[ق / ١٦٠ أ ٢] [بوجه ولا على حال أن ذمة الأصيل مشغولة على الحقيقة ، وذمة الحميل مشغولة من طريق المجاز ،لاحتمال قيام الشيء الواحد بالمحلين واتصافه به كما قدمنا الإشارة إليه في « كتاب السلم الثاني ».

ولهذا لا يطالب الكفيل إلا بعد عجزٍ على أشهر الروايتين .

فإذا فهم هذا المعنى يتبين أن تأخير الحميل لا يفهم منه تأخري للأصيل][1] إلا أن يحلف صاحب الحق ما كان ذلك منى تأخيراً للغريم أصلاً فكما يجوز له ترك مطالبة الحميل والانتقال إلى مطالبة الأصيل ، فكذلك يجوز له تأخيره، ثم لا يكون ذلك بتأخير للأصيل.

والثاني : أن تأخيره للحميل تأخري للأصيل إلا أن يحلف صاحب الحق ما كان ذلك مني تأخيرًا للغريم] [2] فيكون له مطالبته .

فإن نكل لزمه تأخيره ،وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

فانظر ،فإنه لم يجعل ها هنا أن اليمين ترد على الغريم ، وهو من أدل

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الدلائل على أن يمين التهمة لا ترد ،ولها شواهد كثيرة [في المدونة] [١] وفي المذهب قولان . وأما تأخيره للغريم ، فلا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا ، فإن كان موسرًا فأخره تأخيرًا بينًا ، هل تسقط الحمالة عن الحميل أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الحمالة ساقطة ، وهو قول غيره في الكتاب .

والثاني : أن الحمالة ثابتة ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

واتفقوا : أن تأخيره تأخير [للحميل] [٢] ،وعلى القول بأنه إسقاط للحمالة فلا تفريع ، وعلى القول بأنه تأخير لا إسقاط ، فإن الطالب يحلف أنه لم يؤخره إسقاطًا للحمالة ، فإن نكل عن اليمين سقطت [عنه][٣] الحمالة ، وإن حلف لزمته الحمالة .

ثم لا يخلو الحميل من أن يعمل بذلك أو لم يعلم .

فإن علم وأنكر عليه فيما فعل كان الخيار للطالب ، فإما أبرأ الحميل من حمالته ، ويصح التأخير وإلا لم يكن له ذلك إلا برضا الحميل خوفًا من إعدام الغريم .

فإن علم وسكت لزمته الحمالة ، وإن لم يعلم الحميل حتى حل الأجل أجل التأخير حلف الطالب ما أخره ليبر الحميل ،وثبت التأخير ، وهذا كله قول ابن القاسم في الكتاب .

وأما إذا كان الذي عليه الدَّين مُعسرًا ، فإن تأخيره لا يكون تأخيرًا للحميل ، وله مطالبة الكفيل ، أو تركه ، وهو قول الغير في الكتاب ولا يخالفه ابن القاسم في ذلك ؛ إذ له الإعراض عن الكفيل أو اتباع الغريم في

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : الغريم .

(٣) سقط من أ .

اليُسر والعُسر .

والخلاف في أصل المسألة : مبني على الخلاف في طلب الطالب ، هل هو على الترتيب أو على التخيير ؟ وهذا الخلاف أيضًا ينبني على الخلاف في ذمة الحميل ، هل هي كذمة الأصيل أم لا ؟

فإذا قلنا : إن ذمة الحميل كذمة الأصيل كان تأخيره للحميل تأخيرًا للأصيل ؛ لأن ما ثبت لأحد الذمتين ثبت للأخرى ، ولاسيما أن الشرع سلط الطالب عليهما بمطالبة أيهما شاء ابتداءً بلا شرط ولا اشتراط .

فإن قلنا : إن ذمة الحميل ليست كذمة الأصيل ، فلا يكون تأخيره تأخيرًا للأصيل بوجه ، وإن كان بين الذمتين مضادات وبينهما بون بعيد .

وعلى القول بأن الغالب على الترتيب هو المشهور .

فإن اشترط الطالب على الحميل أنه إن شاء أخذ بجميع حقه ، ويترك الغريم مع يسره وملائه هل يجوز [له] (١) ذلك أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن ذلك جائز له حمله بلا تفصيل ،وهو الأظهر من المدونة من مسألة [الثلاثة كفلاء] (٢) إذا اشترط عليهم أيكم شئت أخذته بجميع حقي حيث قال : إن ذلك جائز ، ويأخذ جميع حقه ممن شاء منهم .

فقد جوز له في هذه المسألة مطالبة الحميل بجميع حقه مع قدرته على استيفائه من الغريم ، وما ذلك إلا ليوفي له بعهدة شرطه ،وهو قول غيره في مسألة الكفلاء الستة أيضًا ، وبه قال أصبغ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الكفلاء .

والثاني : أن الشرط باطل ، وهو شرط لا يوفى به ،وهو قول أشهب ، وابن كنانة ، وابن الماجشون في كتاب ابن حبيب .

والثالث : التفصيل بين الملك وغيره ، فإن كان الغريم قبيح المطالبة ، أو ذا سلطان لا يقدر الطالب على الانتصاف [منه] (١) كما يريد ، فالشرط جائز ، ويجب أن يوفي له بمقتضاه .

وإن كان الغريم لين الجانب سهل المعاملة ، فالشرط باطل ، ولا يوفى له بموجبه ،وهو قول ابن القاسم أيضًا ،والقولان لابن القاسم منصوصان في « الواضحة » وغيرها ، وفي « المدونة » دليل على الأقوال كلها ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من ب .

المسألة الخامسة
في الكفالة الفاسدة

أن [يشتري] (١) من رجل سلعة ويعطيه كفيلاً بما أدركه فيها من درك .

فلا يخلو من أن يقصد بالكفالة تخليص الثمن ورده [إلى] (٢) المشتري إذا أدركه درك في السلعة أو إنما قصد إلى استخلاص السلعة وردها على المشتري .

فإن قصد بالكفالة استرجاع الثمن [وردها] (٣) إلى المشتري فلا يخلو البيع من أن يكون في نفسه صحيحًا أو فاسدًا .

فإن كان صحيحًا، فالكفالة جائزة لازمة قولاً واحدًا .

فإن كان البيع واقعًا على نعت الفساد إما لفساده في نفسه ، وإما لشروط فاسدة اقترنت به ، فهل تلزم فيه الكفالة بالقيمة إذا فات أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الكفالة ساقطة بكل حال ،وهو قول أشهب ، وابن القاسم في [« الموازية »] (٤) ، ومثله لابن القاسم في« العتبية » أيضًا.

والثاني : أن الكفالة ثابتة على الكفيل إذا فات المبيع ، ويكون عليه الأقل من قيمة السلعة ، أو الثمن وهو قول مالك في « المبسوط » .

والثالث : التفصيل بين علم الكفيل بفساد البيع ، وعدم علمه ، فإن

---

(١) في أ : يبيع .
(٢) في أ : على .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : المدونة

علم بفساد [ق / ١٧٤ ب] البيع ، فالكفالة لازمة له ، وإن لم يعلم ، فالكفالة ساقطة عنه ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » أيضًا .

وأما إن قصد بالكفالة تخليص السلعة ،واسترجاعها ، وعقد البيع على المطالبة بذلك ،والقيام به فالبيع فاسد قولاً واحدًا .

وهل تسقط الكفالة عن الكفيل بفساد البيع أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أن الكفالة ساقطة عن الكفيل ، وهو قول ابن القاسم .

[**والثاني** : أن الكفالة لازمة للكفيل ، وعليه أقل من قيمة السلعة يوم اشترى أو الثمن الذي] أعطى ،وهوقول غيره في الكتاب .

ووجه قول ابن القاسم : أن المعاملة قد وقعت فاسدة بين المتبايعين ، ودخلا فيها مدخلاً واحدًا ، فلم تلزمه فيها الكفالة ؛ لأن الفساد من قبلهما، والثمن الذي يحمل [له] [1] الحميل غير لازم ، فبطل عنه لسقوطه في أصل الشراء .

ووجه القول الثاني : أن الحميل لما أخرج من يد البائع شيئًا ، فللبائع حجة في أن يقول : لولا حمالته لم أرض بمبايعة المشتري ، فيكون حميلاً بقيمة ما أخرج من يده إلا أن تكون أكثر من الثمن ، فلا يكون حميلاً إلا بمثل الثمن لحجة الحميل ، أن يقول : إنما دخلت على أن أحمل بالثمن الذي هو عشرة مثلاً ،فإذا كان قيمة السلعة خمسة عشر لم أرض ، فيكون حميلاً بالأقل كما قدمناه .

وقد اختلف أيضًا في هذا البيع : إذا لم يعقدوه على هذا الشرط ،ولا

(١) في ب : به .

على القيام ،والمطالبة بمقتضاه ، هل يفسخ أم لا ؟ على قولين قائمين من المدونة من اختلاف الروايات في ذلك :

أحدهما : أن البيع نافذ ، ولا يؤثر ذلك الشرط في فساده؛ لأنهم لا يقصدون بذكر الدرك تخليص السلعة ، وهو المشهور من الروايات ، [وهي][(١)] معنى قوله في الكتاب : « لولا أن الناس يشترطون هذه الشروط في البيع الأول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص ، وإنما كتبوه على وجه التوثيق ،والتشديد لنقضت به البيع » كذا في أكثر النسخ .

وعليه اختصر الشيخ أبو محمد وغيره وهو أبين الروايات ؛ لأنهم لم يعقدوا بيعهم على القيام ، والمطالبة [بها] [(٢)] ،وإنما يكتبه الموثِّقُون تشديداً في التوثيق ؛ فلذلك لم ينقض به البيع .

ومعنى قوله في البيع الأول : حين العقد لا حين الوثيقة ؛ لأنها كتبت في ثاني حال ، فصار ذكرهم الدرك [في البيع] [(٣)] لم يقصدوا به القيام والمطالبة بخلاص عين المبيع إذا وقع الاستحقاق .

والقول الثاني : أن ذلك الشرط يؤثر في بطلان البيع ،وفساده ، وعليه تَدُل [الرواية] [(٤)] الواقعة في الباب بإسقاط « لا » ؛ لأنه وقع في نسخ كثيرة ، [ولولا] [(٥)] أن الناس اشترطوا ، وأن ما [يكتب وما يعقد] [(٦)] عليه على سواء و [لا] [(٧)] على إسقاط لاختصر ابن أبي زمنين المسألة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : بهذا .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب : الروايات .

(٥) في ب : ولو .

(٦) في ب : يكتبوا وما يعقدوا .

(٧) سقط من أ .

ووقع في بعض الأمهات أيضًا : « ولو ما أن الناس » ، وهي بمعنى الرواية الثانية التي [اختصرها] [1] ابن أبي زمنين ، وما صلة الكلام زائدة، وعلى مقتضى هذه الرواية أن الشرط أفسد العقد ، ولا يراعى فعلهما ، وهذه الرواية أسعد بظاهر الكتاب ؛ لقوله في البيع الأول : «يريد في نفس العقد » فاعتبر ما تقتضيه ظواهر هذه الألفاظ ،ومدلولاتها

يتبين لك ما أشرنا إليه من الخلاف ، ويتضح لك [فائدة اختلاف] [2] الرويات [والحمد لله وحده][3] .

❑❑❑

(١) في ب : اختصر عليها .

(٢) في أ : اختلاف فائدة .

(٣) زيادة من ب .

المسألة السادسة
في ثلاث رجال اشتروا سلعة من رجل

وتحمل بعضهم لبعض على أن يأخذ منهم من شاء بحقه، فمات أحدهم فادَّعى ورثته [ق / ١٦١/ ٢ـ أ] أنه قد يدفع [الثمن] (١) إلى بائع السلعة ، وأقاموا شاهدًا واحدًا .

قال في « الكتاب » :« يحلفون مع شاهدهم ، ويبرؤون ،ويجعلون على الشريكين الباقيين لما أدَّى صاحبهم عنهما » .

قلت : فإن أبى الورثة أن يحلفوا [أخذ] (٢) الشريكين أن يحلفا قال : لا ؛ لأنهما يغرمان .

[و] (٣) في جواب هذه المسألة إشكال يفتقر إلى بيان وإيضاح ، وقد اضطربت آراء حُذَّاق المتأخرين في تأويله ، وشرحه اضطرابًا يوجب صرف العناية إلى شرح المسألة شرحًا يزيل الإشكال ، ويرفع الاحتمال إن شاء الله، وبه أستعين .

فنقول [وبالله التوفيق ، وهو الموفق للصواب] (٤): إذا نكل الورثة عن اليمين مع شاهدهم ، فإن الأمر لا يخلو من أن يكون الميت مليًا أو معدمًا.

فإن كان مليًا فلا يخلو الأمر فيها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يصدق الشريكان الورثة فيما ادعوا من [أن] (٥) الميت دفع

---

(١) في أ : المال .
(٢) في أ : أنا .
(٣) سقط من أ .
(٤) زيادة من ب .
(٥) سقط من أ .

جميع الحق من ماله إلى البائع عن نفسه وعنهما ليرجع عليهما بما ينو بهما منه .

[**والثاني** : أن يقولا : إنما دفع جميع ذلك من أموالهما فوكالتنا إياه على ذلك] (١) .

[**والثالث**] (٢) : أن يقولا : إنما دفع جميع ذلك من ماله ، وأموالنا إلى البائع ؛ إذ كنا قد دفعنا إليه ما ينوبنا منه ، ووكلناه على دفعه عنا .

والجواب عن الوجه الأول : وهو أن يصدق الشريكان والورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله عن نفسه ، وعنهما ،ليرجع عليهما بما ينوبهما منه .

فإن اليمين ترجع على البائع ، فيحلف على تكذيب ما شهد به الشاهد، ويرجع بجميع حقه ، فيأخذ ثلثيه من الشريكين ،وثلثه من مال المتوفى ، وليس للورثة أن يرجعوا على الشريكين بما ينوبهما عن المال الذي أن أقر مورثهم أَدَّاه على ما شهد به الشاهد ،وإن كان قد صدقاه في [شهادته] (٣) بذلك ؛ لأن الميت [قد] (٤) ضيع في تركه الإشهاد ،فالمصيبة منه .

وقال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد : إلا أن يكون الدَّفع بحضرتهما ، فيكون [لهما] (٥) الرجوع بذلك عليهما على ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم [وعلى الجملة] (٦) ففي المسألة قولان :

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : والثاني .
(٣) في أ : شهادتهما .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : لهم .
(٦) في أ : وعليه الجماعة.

أحدهما : أن [لهم] (١) الرجوع عليهما إذا كان الدفع بحضرتهما، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم ، واختيار الشيخ أبي محمد .

والثاني : أنه لا رجوع لهم عليهما ،وإن كان الدفع بحضرتهما ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم قال في هذا الوجه في « الكتاب » : « ولا يحلف الشريكان ؛لأنهما يغرمان» .

فأما قوله : فإنهما لا يحلفان ؛ فصواب لأن الشاهد لم يشهد لهما ، وإنما شهد للورثة عليهما .

وأما قوله : « لأنهما يغرمان » ؛ فتعليل فيه نظر؛ لأنه يوهم أنه [إنما](٢) أراد أنهما لا يحلفان ؛ لأنهما إن حلفا غرما للورثة ،وإن لم يحلفا غرما للبائع ؛ ولذلك لم يحلفا ، فلو كان ذلك مراده لكان من حقهما أن يحلفا إن شاءا ليسقطا حق البائع عن أنفسهما لما قد [يرجوا] (٣) من تسامح الورثة في الاقتضاء .

ولا يصح أن يكون مراده ذلك ؛لما بيناه من أنه لا رجوع للورثة عليهما بما ينوبهما [مما] (٤) أدَّى الميت عنهما من ماله ، وإن صدقاه على الدَّفع إلا أن يقرا أنه كان بحضرتهما على أحد القولين المذكورين ، وإنما [كان] (٥) يجب أن يقول : ولا يحلف الشريكان ، ويغرمان للبائع ، فإن نكل البائع عن اليمين في هذا الوجه بعد نكول الورثة سقط حقه ،ويرجع الورثة على الشريكين بما ينوبهما من الحق .

---

(١) في أ : لهما .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : يرجون .
(٤) في أ : من ما .
(٥) سقط من أ .

والجواب عن الوجه الثاني : وهو أن يقولا : إنما دفع جميع ذلك من أموالنا بوكالتنا إياه على الدفع ، ففي ذلك بين المتأخرين اختلاف في التأويل.

فذهب الشيخ أبو محمد : إلى أن الشريكين يحلفان : لقد دفع الميت [جميع] (١) ذلك من أموالهما ، ويبرآن ،ويرجع البائع على الورثة بما ينوبهم لنكولهم بعد يمينه أنه ما قبض من وليهم شيئًا .

وللشريكين أن يحلفا للورثة إن كانوا كبارًا : [أنهم لا] (٢) يعلمون أنهما دفعا إلى وليهم شيئًا ، فإن نكلوا عن اليمين حلفا لقد دفعا جميع الحق إليه ، ويرجعان عليهم بالثلث الذي ينوبهم منه .

وذهب الشيخ أبو إسحاق التونسي [رحمه الله] (٣) : إلى أن البائع يحلف ويأخذا من جميعهم حقه ، ويحلف الورثة للشريكين أنهم ما يعلمون أنهما دفعا إلى وليهم شيئًا ، فإن نكلوا عن اليمين حلف الشريكان لقد دفعا ذلك إليه ،ورجعا عليهم في التركة بما ينوب الميت من ذلك [قال] (٤): ولا يكون للشريكين أن يحلفا لقد دفع الميت ذلك من أموالهما؛ ويبرآن لأن ما في يد الميت على ملكه حتى يثبت الدَّفع إليه .

وذهب بعض الأندلسيين : إلى أن الشريكين يحلفان [لقد دفع الميت ذلك من أموالهما] (٥) ويبرآن من نصيبهما ، ويرجعان على الورثة بما ينوبهما منه إذا لم يحلفوا ، فيتحصل في هذا الوجه ثلاثة أقوال :

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : ما .
(٣) زيادة من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من ب .

أحدها : أن الشريكين يحلفان ويبرآن من نصيبهما ، ولا يرجعان على الورثة بما ينوبهما .

والثاني : أنهما يحلفان ويبرآن من نصيبهما ، ويرجعان على الورثة بما ينوبهما .

والثالث : أنهما [يُمَكَّنَانِ] (١) من اليمين .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو أن يقولا : إنما دفع ذلك إلى البائع من ماله وأموالنا .

ففي قول ابن أبي زيد : يحلف الشريكان ويبرآن ويحلف البائع، ويرجع على الورثة بما ينوبه من ذلك .

وعلى ما ذهب إليه الشيخ أبو إسحاق التونسي لا يمكّن الشريكان من اليمين ، ويحلف البائع ،ويرجع على جميعهم بماله .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كان الميت معدمًا ، فلا يخلو من الثلاثة الأوجه المذكورة .

فالجواب عن الوجه الأول منها : وهو أن يصدق الشريكان الورثة فيما ادعوا من أن الميت دفع جميع الحق من ماله إلى البائع عنهما وعن نفسه؛ ليرجع عليهما بما ينوبهما منه .

فذهب ابن أبي زيد : إلى أن الشريكين يحلفان مع الشاهد ليبرآن من حمالة الثلث الذي [به الميت] (٢) عديم .

قال : فإذا حلفا غرما للورثة الثلثين ، ويرجع البائع عليهم في ذلك بالثلث إذا حلف أنه لم يقبض من وليهم شيئًا .

---

(١) في أ : يسكنان .

(٢) في أ : الميت به .

وذهب أبو إسحاق : إلى أن الشريكين إذا حلفا مع الشاهد ليبرآن من حمالة الثلث الذي [به الميت] [١] عديم لا يغرمان الثلثين للورثة ، وإنما يغرمان ذلك للبائع بعد يمينه ، وهو الصحيح على ما بيَنَّاه من أنهما لا يلزمهما للورثة ما دفع الميت عنهما من ماله ؛ لأنه أتلف ذلك عن نفسه بتضييعه إياه الإشهاد ، وقد مضى القول على الوجه الثاني .

والثالث : إذا كان الميت مَلِيًّا [و] [٢] ولافرق فيهما بين أن يكون الميت مَلِيًّا أو مُعْدَمًا إلا في اتباع ذمته مما يلزمه إن طرأ له مال [والحمد لله وحده][٣] .

❑❑❑

(١) في أ : الميت به .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة السابعة
فيمن أَقَرَّ في مرضه أنه أعتق في صحته أو تصدق

أو قال : في مرضه : تكفلت في صحتي عن وارث ، أو أجنبي ، ونص المسألة في المدونة :

« أرأيت إن أقر في مرضه أنه تكفل في صحته عن رجل وارث أو غير وارث ، فقال : إقراره لوارث بالدين في مرضه لا يجوز ، وقال في الرجل يُقِرُ في مرضه فيقول : تصدقت على فلان بداري في صحتي أو بدابتي أو حبست كذا أو أعتقت عبدي في صحتي ، لا يكون هذا في ثلث ولا غيره، فإقراره هذا باطل كله » ، وهكذا جاء هذا الكلام في الكتاب .

واختلف المتأخرون في تأويله على أربعة أقوال :

أحدها : أن إقراره بالكفالة كإقراره بالعتق ،والصدقة ، وغير ذلك؛ لقوله في « الكتاب » فإقراره هذا كله باطل ،ورد هذا الكلام على جميع ما تقدم ،وهذا تأويل ابن أبي زيد ، وابن أبي زمنين وغيرهما .

والثاني : أن الكفالة بخلاف ما ذكرناه من العتق ، والصدقة ؛ لأنها دين من الديون [ويلزمه] [1] إقراره بها في المرض كما [يلزمه] [2] إقراره بها في الصحة ، وهو تأويل الشيخ أبو عمران الفاسي ، وابن لبابة وغيرهما.

وقالوا : إنما بطل ما كان منها لوارث ، ومن لا يصح له إقراره في المرض ، وأنما لغيره فيصح .

---

(١) في ب : ويلزم .

(٢) في ب : ويلزم .

وهناك تحت مسألة الإقرار بالكفالة مفرده ثم جاء بمسألة الصدقة ، والحبس ، والعتق .

والثالث : التفصل بين أن يكون إقراره بالكفالة في مرضه أنه تكفل في صحته في أصل عقد بيع أو قرض أو أنه تكفل بعد العقد ، فإن أقر أنه تكفل في أصل عقد بيع أو قرض ، فهو دين يلزم ، وليس بمعروف صنعه؛ لأنه أخرج بكفالته مالاً من يَد مالكه .

وإن أقر بالكفالة بعد عقد البيع ، فهو معروف صنعه كالعتق ، والحبس، والصدقة .

وأما العتق فكما قال في [ق / ١٦٢/ ٢ـ أ] « الكتاب » : لا يلزم [ق / ١٧٥] في ثلث ولا غره : كالصدقة ، والحبس وغير ذلك ؛ لأنه اعترف بفعل في الصحة ،وهو في مرض لا يجوز فيه أفعاله إلا في الثلث .

والرابع : التفصيل بين العتق ، والهبة ، والصدقة ، فإن العتق ينفذ في الثلث ؛ إذ لو ثبت أنفذ من رأس المال بخلاف الصدقة ، والحبس ؛ إذ لو ثبت لم ينفذ ؛ لعدم الجواز ، وهي رواية عن مالك على ما ذكره ابن المواز.

وعلى القول : بأن ذلك كله باطل مردود في الكفالة ، والعتق ، والصدقة ، هل تدخل فيه الوصايا أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن الوصايا لا تدخل في الجميع ؛ لأن الموصي قد أخرج هذا القدر من ماله ، وقصده إخراج الوصايا مما عداه .

والثاني : أنه تدخل في القدر الذي تكفل به دون العتق ، والصدقة ؛

لأن الكفالة مال يرجع به على وجه ، ولم يخرجها عن ماله بالكلية ، والعتق والصدقة قد أخرجهما من جملة ماله بإقراره بكل حال دون عوض يرتقبه ، وهذا القول أظهر في النظر . والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثامنة
في كفالة العبد بدين على سيده

فلا يخلو من أن يكون ذلك بتراضٍ منهما أو بإجبار السيد العبد ، فإن كان ذلك بتراضٍ منهما ، فإن ذلك جائز ، ثم إن فلس السيد أو مات ، فإن العبد يباع في الدين قولاً واحدًا .

فإن رضى الطالب أن يترك السيد ويتبع العبد ، هل يمكن من ذلك أم لا؟ فالمذهب على قولين قائمين في المدونة :

أحدهما : أن ذلك له ،وأنه إن شاء اتبع ذمة السيد ، وباع العيد ،وإن شاء اتبع ذمة العبد ولا يباع ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه لا يُمكَّن من ذلك ، وإنما له ذمة السيد ولا يتبع العبد إلا بما عجز عنه مال السيد ، وهو قول غيره في المدونة .

واختلف في قول ابن القاسم على ماذا بناه ؟ فقيل : إنما بناه على أحد قولي مالك ، أن للطالب اتباع الكفيل مع يسر [الغريم] (١) وليس هو اختيار ابن القاسم ، وقيل : إنما قال ابن القاسم هذا في هذه المسألة ؛ لأن العبد مع سيده بخلاف غيره ،وذمته ، وذمة السيد شيء واحد .

وقيل : إن ابن القاسم بنى المسألة على أصله ،ولعل السيد أفلس أو مات وخاف الغريم المخاصمة ؛ فلذلك جَوَّزَ له اتباع ذمة العبد .

فإن كان ذلك بغير اختيار العبد مثل أن يجبره سيده على الكفالة ، فهل [تلزمه] (٢) الكفالة أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المدونة .

---

(١) في ب : الأصيل .

(٢) في أ : تلزم .

أحدهما : أن الكفالة غير لازمة للعبد إذا قال : لا أرضاها ؛ لأني إن أُعتقت لزمتني هذه الكفالة وهو نص قول ابن القاسم في الكتاب.

والثاني : أن ذلك لازم للعبد ، وإن للسيد أن يجبره على الكفالة ، وهو قول مالك على ظاهر استدلال ابن القاسم في الكتاب .

ويقول مالك في الذي يعتق عبده وعليه مائة دينار :إن ذلك لازم للعبد وإن كره ، فأدخل سحنون هذه المسألة لينبه على الخلاف ، وإن مذهب ابن القاسم مثله في المسألة خلاف قول مالك ، وأنه يأتي على قول مالك الإجبار ، وهو قول عبد الملك ، ولابن القاسم مثله في رواية أبي زيد عنه، إلا أنه لا يلزم قياس الجَبْر على الكفالة على الجَبْر على المال بعد عتق ؛ إذ لا ضرر على العبد في العتق على مال ؛ لأن مَنْ عَجَّلَ عتق عبده على مال لا يحَاص السيد بذلك المال غرمًا العبد ، فهو لو كان عبدًا لخارجة ، ويأخذ منه هذا القدر ، فلا حجة له في الامتناع من هذا بعد حريته ، والجبر على الكفالة ليس فيه عتق لا متجر ، ولا مترقب ، وليس فيه إلا عمارة الذمة [من] [1] غير فائدة للعبد في ذلك .

ولأن السيد إن أعتقه يومًا كان في ذمته دينًا لأجنبي ليس ثمنًا لرقبته ، فيجب أن يحاص به الغرماء ، وقيل : إن سحنون أشار إلى التفريق بين العتق والكفالة ؛ لحرمة العتق ، لا أنه أشار إلى الخلاف [والحمد لله وحده][2] .

❑❑❑

(١) في ب : في .
(٢) زيادة من ب .

المسألة التاسعة
في قضاء ذات الزوج في مالها

اعلم أن محجورين عليهم عن التصرف في أموالهم ينقسمون إلى قسمين : قسم حجر عليه في ماله عن التصرف لحق نفسه ، وقسم حجر عليه لحق غيره ، فأما المحجور عليهم لحق أنفسهم [فهم] (١) ممنوعون عن التصرف [في أموالهم] (٢) جملة لا بالعوض ولا بغيره ، كالصبيان ، والسفهاء ، فإنهم ممنوعون من التصرف في أموالهم جملة بلا تفصيل حتى يؤنس منهم الرشد على حسب ما قدمناه وبسطنا فيه الكلام في كتاب المأذون.

وأما المحجور عليهم لحق غيرهم ، فمنهم من حجر عليه في التصرف في ماله جملة لا بعوض ولا بغير عوض كالقسم المتقدم كالعبيد ، وسائر الأرقاء إلا أن تصرف ما ولاه مع الإذن من السادات سائغ نافذ في جميع أنواع التصرفات ؛ لأن الحجر حق للسادات .

ومنهم من حجر عليه في التصرف [في المعارف] (٣) فيما قل منها أو جل أو أطلق يده في التصرف في المعاوضات ، إلا أن يضرب على يده بالكلية عند إرادة التفليس والمديانون الذين استغرقت ذمتهم بديون الناس ، ومنهم من أذن له في التصرف في المعاوضات في جميع ماله ، ومنع من التصرف بالمعارف إلا في ثلث ماله حقًا للغير وهم المرضى ،وذوات الأزواج

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

[والرُّشَّد] (١) من النساء ؛ لأن المريض مُنِعَ من التصرف في ماله بالمعروف إلا في ثلثه حقًا للورثة .

وذات الزوج منعت من التصرف بالمعروف في مالها إلا في الثلث إلا أن يأذن لها الزوج في ذلك ، لقوله ﷺ : « **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتصدق من مالها بأكثر من ذي بال**» .

فقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب في « شرح المسألة » : وأجمع العلماء على أن ذا بال هو الثلث ، وقال ﷺ : « **تنكح المرأة لدينها ، ومالها ، وجمالها ، فعليك بذات الدين تربت يداك** » (٢) ، فبين النبي ﷺ أن المرأة تكثر الرغبة فيها ، والتنافس في المغالاة في صداقها لأجل مالها ، فإذا تغالى [الزوج] (٣) في الصداق لأجل كثرة مال المرأة أو رجاءً لما يتوقع لها من المال في ثاني حال .

إما لميراث يتوقع حصوله من أب ، أو أم ، أو أخ فيما قرب من الزمان [في] (٤) أغلب الأحوال .

فمن هذا الوجه أثبت الشرع حقًا للزوج في [رد] (٥) معارف الزوجة على ما يأتي بيانه مفصلاً.

فهذا على الجملة ، ونحن نتكلم على التفصيل ، فنقول وبالله التوفيق:

لا يخلو الزوج من أن يكون حُرًا أو عبدًا ، فإن كان حُرًا فلا تخلو زوجته من أن تكون حرة أو أمة ، فإن كانت حرة فلا تخلو من أن تكون

---

(١) في ب : والرشيدة .
(٢) أخرجه البخاري (٤٨٠٢) ، ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبي هريرة .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : على .
(٥) سقط من أ .

محجورًا عليها أو غير محجور عليـها ، فإن كانت محجورًا عليها مضروبًا على يديها بولاية أب ، أو وصي فقد تقدم الكلام عليها في مسألة مفردة بما لا مزيد عليـها ، فإن كانت غير محجور عـليها؛ لكونها رشيـدة مالكة أمر نفسهـا عارفة بجميع مصـالح [أمورها] [١] فتصـدقت بشيء من مـالها أو أعتقت ،فلا يخلوا ذلك القدر من أن يكون [مثلث] [٢] ثلث مالها أو أقل أو أكثر ، فـإن كان بمثل مـالها فأقل فـلا يخلوا من أن تـقصد بذلـك البر والطاعات ، أو تقصد به الضرر بالزوج ، فإن قصدت بذلك البر والطاعات فلا تـخلو مـن أن تكون فـي العتق أو فـي الصدقـة ، فإن كان ذلـك في الصدقة، فلا خلاف في جواز فعلها ونفوذه ، وإمضائه .

فإن كان ذلك في العتق ، فلا يخلو من أن تعتق عبدًا كاملاً ، أو تعتق ثلث عـبد ، فإن أعتقـت عبدًا كامـلاً فلا خلاف في الجواز والـنفوذ ،وإن أعتقت بـعض عبد مثل أن تـعتق ثلث عبد فـلا يخلوا من أن تعـتق [ثلث عبـد][٣] تملك جميعه ، ولا تملك غيره ، أو ثلـث عبد بينها وبين غيرها ، فإن أعتقت ثلث عبد تملك جميعه ، هل يجوز ذلك أو يرد ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن العتق نافذ ، ولا مقال للزوج ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » ، وابن أبي حازم .

والثـاني : أن للزوج أن يرد عتقها كأنها أعتـقته كله بعتق عبده لإيجاب النـبى ﷺ تتمـيم العتـق على من أعـتق شقصًـا فكيف بمـن يملك جمـيع العبد؟!! فلمـا منعها الزوج من ذلك رد جميعـه ، وبه قال مطرف ، وابن الماجشون ، والمغيرة ، وابن دينار ، ورووه عن مالك ـ رضي الله عنه .

---

(١) في أ : أمرها .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

وسبب **الخلاف** : [اختلافهم في] [١] استتمام العتق على مبعضه فيما يملك جميعه ، هل هو بالسراية أو بالحكم ؟

فمن رأى أنه بالسراية قال : للزوج أن يرد عتقها ؛ لأنه كأنها اعتقت جميعه إذا لم تملك غيره .

ومن رأى أن التكميل بالحكم قال : [عتقها] [٢] ماضٍ لا مقال فيه للزوج ؛ لأن الاستكمال بشيء أوجبته الأحكام ، فإن أعتقت ثلث عبد بينها وبين غيرها ، فإن كانت لا تمك إلا ذلك القدر ، وليس [لها] [٣] مال سواه ، فإن للزوج أن يرد ذلك قولاً واحدًا [ق / ١٦٣ / ٢أ] ، وإن كان لها مال سواه يكون القدر الذي أعتقت من العبد ثلثه ، هل للزوج أن يرد عتقها أم لا ؟ فالمذهب على قولين .

وسبب **الخلاف** : التقويم الواجب عليها في الشرع إذا اختارها الشريك، هل يراعى أو لا يراعى ؟

وأما الصدقة إذا تصدقت : بثلث مالها ،وقصدت بذلك البر والطاعات.

فلا خلاف في جواز ذلك ونفوذه ، ولا مقال في ذلك للزوج ، وأما إن قصدت بذلك الضرر بالزوج ،وعلم ذلك وظهر ، فهل للزوج أن يرد فعلها أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك نافذ ، ولا مقال فيه للزوج ، وهو قول ابن القاسم

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : العتق .

(٣) سقط من أ .

في المدونة .

والثاني : أن للزوج أن يرد ذلك ، ولا يجوز من فعلها ما قصدت به الضرر قَلَّ أو جَلَّ ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » وغيرها ، وقاله أشهب عن مالك ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «الكتاب» حيث قال : إذا زادت على الثلث ماله قدر وبال ، فإنه يرد الجميع لقصدها الضرر .

فيستفاد من ذلك أنها مهما قصدت الضرر كان للزوج أن يرد فعلها .

وأما إذا تصدقت بأكثر من ثلث مالها ،فلا يخلو الزائد على الثلث من أن يكون يسيرًا أو كثيرًا .

فإن كان يسيرًا كالدينار والدينارين ، فإن صدقتها ماضية ولا مقال للزوج فيها ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، واحتج عليها في «الكتاب » بقول مالك في التي أوصت بعتق جاريتها إن وسعها الثلث ، فإ لم يحملها الثلث ، فلا تعتق ، فتزاد على قيمتها في الثلث دينار أو دينارين .

فقالا : لا يحرم العتق بمثل هذا ، فبين أن تلك الزيادة لا تأثير لها في بطلان [العتق، ولا تأثير لها في بطلان] [1] الصدقة أيضًا ، وإن كان قد اختلف في مسألة الوصية فيما زاد على الثلث من قيمة الجارية ، على ثلاثة أقوال كلها متأولة على « المدونة » :

أحدها : أن يعتق جميعها ، ولا يرق منها شيء ،ولا تغرم شيئًا ، ولا تتبع بشيء ، وهو ظاهر قول مالك في « الكتاب » .

والثاني : أن الجارية تغرم الزائد على الثلث إن كان لها مال ، ولا تتبع

---

(١) سقط من أ .

به ديناً، وهو نص قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثالث : أن يرق منها قدر ذلك ، ويعتق ما بقى ، وهذا هو الأظهر في النظر ، والجاري على [أسباب] [١] الوصايا ، فعلى هذا القول يرد من الصدقة ما زاد على الثلث ، وإن قَلَّ ، فإن كان الزائد على الثلث كثيرًا في فعل [الصدقة] فللزوج أن يرد ذلك إن شاء ، ولا خلاف أن له أن يرد الزائد .

واختلف هل له أن يرد معه الثلث أم لا ؟ على قولين منصوصين [في][٢] « المدونة » :

أحدهما : أن له أن يرد الجيمع الثلث ، وما زاد عليها ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه يجوز من ذلك الثلث ،ويرد الزائد خاصة ، وهو قول المغيرة في « الكتاب » .

وسبب الخلاف : ما يتوصل به إلى الشيء ، هل هو مثل ذلك الشيء أم لا ؟

ولا شك أنه قد توصل بالثلث إلى الزائد عليها [واختلفا إذا] [٣] لم يعلم الزوج بفعلها حتى مات أو طلق أو علم فرد ، ولم يخرج ذلك [عن يدها] [٤].

فأما إذا لم يعلم الزوج [ق / ١٧٦ ب] بفعلها حتى تأيمت بموت أو طلاق ، هل يحكم عليها بإنفاذ ذلك وإمضائه أم لا ؟ فالمذهب على قولين:

(١) في أ : أسلوب .
(٢) في أ : من .
(٣) في أ : فإن .
(٤) سقط من أ .

أحدهما : أنه يحكم عليها بإمضاء ذلك جملة [بلا] [١] تفصيل بين الموت ، والطلاق ، والعتق ، والصدقة ، وهو قول ابن القاسم في«المدونة»، و« الواضحة » وغيرهما .

والثاني : أنه يحكم عليها بإمضائه في الطلاق دون الموت ؛ لأنه بالطلاق قد سقط حق الزوج بالكلية ، وزالت سلطته عن المرأة بخلاف الموت ؛ لبقاء الميراث للزوج في مال زوجته ،وهو قول مطرف ، وابن الماجشون .

وأما ابن القاسم فقد أجرى المسألة على أصل مذهبه فيها ، أن أفعال ذات الزوج على الجواز حتى يردها الزوج ، فإذا طلق أو مات قبل الرد والبطلان ، فالشيء على ما كان عليه .

وأما مطرف وعبد الملك ،فقد قدمنا أصليهما ،وذلك أنهما قالا : إن أفعالها على الرد حتى تجاز ، فكيف يقولان : إن الإمضاء يلزمهما إذا طلقها، وكيف يمضي ما كان مردودًا إلا إذا أنشأت فيه حالاً آخر باختيارها.

وأما إذا رَدَّ الزوج ذلك ، فلم تخرجه من يدها حتى مات أو طلق ، هل يحكم عليها بإمضاء ذلك ونفوذه أم لا؟ على قولين :

أحدهما : أنه يحكم عليها بالإمضاء والنفوذ جملة [بلا] [٢] تفصيل [والثاني : أنه لا يحكم عليها بذلك جملة أيضًا ، وأن لها أن تتصرف فيها بما شاءت ، وهو قول ابن القاسم في « الواضحة » ،وفيها قول ثالث بالتفصيل] [٢] بين العتق وغيره ، فيلزمها نفوذ العتق ،دون ما عداه من الهبات ، والصدقات ،وهو ظاهر قول مطرف ، وابن الماجشون ،وأصبغ

---

(١) في ب : من غير .
(٢) سقط من أ

في « الواضحة » ، والأقوال الثلاثة قائمة من المدونة .

والمنصوص فيها في آخر« كتاب الحمالة » : أنها إذا مات زوجها أو طلق أنها تعتقهم بغير قضاء .

وسبب الخلاف : اختلافهم في رَدّ الزوج ، هل هو رد إبطال أو رَدّ إيقاف .

والتفصيل بين العتق وغيره ضرب من الاستحسان ،وتعصيب للعتق لا غير ذلك ، وبالله التوفيق .

وأما إن كانت زوجته أمة ، فلا حجر له عليها ؛ لأن مالها لسيدها ، وهي لا تختلع إلا بإذنه ، فكان القول في مالها للسيد دون الزوج .

وأما الوجه الثاني : إذا كان الزوج عبدًا وتحته حُرَّة ، فهل له أن يحجر عليها في التصرف في أكثر من ثلثها كما يكون للحُرِّ أم لا ؟ على قولين:

أحدهما : أنه ليس له منعها ، وأن لها أن تتصرف في جميع مالها [ما][1] شاءت ، وكيف شاءت ، وهي رواية أصبغ عن ابن وهب في «العتبية »، فقيل له : فإنه يعتق ، فقال : ما اتفق الناس في الحُر ، فكيف [بالعبد][2].

الثاني : أن له ما للحُرّ وهو زوج ، وهو حق له ،فله أن يمنعها من التصرف في الثلثين بالمعروف كما للحُرّ أن يمنعها ، وهو قول أشهب ، وابن نافع عن مالك في « العتبية » ، و« الموازية » .

وسبب الخلاف : الطوارئ ، هل تُراعى أو لا تُراعى ؟ فمن اعتبرها

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : في العبد .

قال: فإنه كالحُرّ لجواز أن يعتق قبل الموت ، فيثبت له [من] [١] الميراث ما ثَبَتَ للحُرّ .

ومن لم يعتبرها قال : لا حق له في ذلك ؛ لأن العتق قد يكون ،وقد لا يكون .

وأما إن أعتقت رأسًا من رقيقها ثم رأسًا والزوج غائب ثم قدم ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يتقارب ذلك جدًا .

وإما أن يتباعد جدًا .

وإما أن يتوسط .

فإن تقارب جدًا مثل أن يكون [بين] [٢] ذلك اليوم واليومين ، وذلك أكثر من ثلثها ، فللزوج أن يرد عتق جميعهم كما لو أعتقهم في كلمة واحدة.

فإن تباعد ما بين ذلك مثل أن يكون بين عتق وعتق ستة أشهر، فهو عتق مُؤتَنَفَ فيبتدأ لها فيه نظر الثلث في كل واحد [في] [٣] [الزمن] [٤] الذي أعتقته فيه ، فإن حمله ثلث مالها نفذ عتقه ، وهكذا يفعل بالذي يليه ثم الذي يليه إلى آخرهم .

وإن توسط الأمر في ذلك مثل أن يكون بين المعتقين مثل الشهر ، والشهرين جاز الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده ، وإن حمله الثلث مع الأول ؛ لأن مخرجه الضرر ل؛ تقاربه مع الأول قربًا تتمم في الثاني دون

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : من .

(٤) في ب : الزمان .

الأول ، وهذا كله قول أصبغ في « الواضحة » .

واختلف في تَدْبِيرِهَا ، هل هو كالعتق أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن التَّدْبِير كالعتق سواء ، وله منعها من التَّدْبير كما له منعها من العتق ، وهو قول ابن الماجشون في « الواضحة » .

والثاني : أَنَّ التَّدْبِير بخلاف العتق ، وليس له أن يمنعها منه ؛ إذ لم يزل رقه من يدها ، وإنما منعت نفسها [من] [١] بيعه ، وقد كان [لها] [٢] أن ألا تبيعه بلا تَدْبير ، وهو قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك في كتاب المذكور .

واختلف أصحابنا المتأخرون : إذا أفادت الزوجة مالاً لم يدخل عليه الزوج ،ولا كان يرتجيه ، هل للزوج أن يمنعها من التصرف في ثلثي ذلك المال كما كان له أن يمنعها من مال دخل عليه ، وتغالى في الصداق لأجله ؟ على قولين متأولين على المدونة :

أحدهما : أنه ليس له أن يمنعها من ذلك ،وهو ظاهر قوله في المدونة،حيث قال : « لأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها ،ويرفع في صداقها لأجله» ، فَدَلَّ والحالة هذه أن ما كان من فائدة طرأت عليها من وجه لم يعلم به الزوج [ولا دخل عليه] [٣] ، ولا حسب عليها أن الزوج لا يمنعها من التصرف في ثلثيه بما شاءت ، وهو قول بعض المتأخرين .

والثاني : أن للزوج أن يمنعها عمومًا لا خصوصًا ، وأنه لا فرق في ذلك بين مال علم به،ودخل عليه وبين مال لم يعلم به [ولم يدخل عليه][٤] وهو ظاهر الكتاب لعموم الخبر الوارد في ذلك .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فــــرع : وإذا تكفلت المــرأة بزوجها ثم ادَّعَت الإكراه ، فلا يــخلو من وجهين :

ما أن تكفــل بزوجها ، أو تكفَّلَت لــه ، فإن تَكفَّلَت بزوجهــا بدَين له على غيرة ثم ادَّعَت أن الزوج أكرهها ، فإنه ينظر في ذلك، فإن كان الزوج ظاهر الإساءة إليها ، وقلة [ورعه] (١) وقهره لها وتحمله عليها بما لا يحل ،وأنها إن لم تفعل ركبها بما لا يحل ،وذلك كله ثابت بالبينة العادلة ، فإن الحمالة ساقــطة [عنها] (٢) وتحلف ، وإن كان غير ذلــك حلف الزوج ما أكرهها ولا خَوَّفَهَا ولــزمتها [الحمالة] (٣) ، وهو قول أشهــب في « كتاب محمد » .

وأما إن تَكَفَّلَت لزوجها لرجل أجنبي ،ثم ادَّعَت أنه أكرهها على ذلك، فإن الحمالة لازمة لها ، ولا يقبل لــها قول ، وهو قول مالك في المدونة ، وقال أشهب : إلا أن يكون الأجنبي صاحب الحق عالمًا بذلك .

قال محمد : أو تقوم بينة بأن زوجها أكرهها ، فإن [ق / ١٦٤ / ٢أ] أنكر الأجــنبي أن يكون عالمــا بذلك ، فإنه يــنظر إلى الأجنبــي ، فإن كان قريب الجواز ممــن يظن به علم ما ادَّعَت ، فــإنه يحلف ،فإن نكَــلَ حلفت المرأة لقد علم وبرئت .

وأما غير الجار [و] (٤) من لا يمكنه علم ذلك ، فلا يمين عليه ، وهو قول أشهب ،ومحمد [والحمد لله وحده] (٥).

❑❑❑

(١) في أ : زرعها .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) زيادة من ب .



كتاب الحوالة



كتاب الحوالة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ،وجملتها مسألتان :

المسألة الأولى

في جواز الحوالة ، وشروطها

وهي مأخوذة من التحول ؛ لأن المال قد تحول من ذمة غريمه إلى ذمة [غيره] (١) وهي أصل في نفسها مستثناة من [بيع] (٢) الدَّين في الدَّين ، فقال ﷺ : « **مطل الغني ظلم ، ومن اتبع على ملىء،فليتبع** » (٣)، وهذا [القول] (٤) أمر ، والأمر [هنا] (٥) المراد به الندب ،والإرشاد ، لا الوجوب والإلزام .

ومن أصحابنا المتأخرين من حمله على الإباحة ؛ لأنها رخصة استخرجت من [بيع](٦) الدين[في الدين] (٧)،ورخص في الحوالة ، وأباحها، ولا خلاف بين العلماء أن المحال لا يجبر على التحول إلا [بإذنه ورضاه] (٨)[خلافًا لما] (٩) انتحلته الظاهرية .

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : فسخ .
(٣) أخرجه البخاري (٢١٦٦) ،ومسلم (١٥٦٤) .
(٤) سقط من أ .
(٥) زيادة يقتضيها السياق .
(٦) في أ : فسخ .
(٧) في ب : بالدين .
(٨) في أ : برضاه .
(٩) في أ : إلا ما .

فإنهم حملوا الأمر على ظاهره ، وزعموا أن المراد به الوجوب ، واختلف الرواة في ضبط هذين الحرفين في قوله ﷺ : « **ومن اتبع على مليء فليتبع** » (١) ، فمنهم من قرأه في الحرفين بسكون التاء في قوله: « من اتبع» ، وفي قوله :«فليتبع » يقال : أتبعت فلانًا بحقي ، وأنا أتبعه بالتاء الساكنة، ولا يقال: اتبعه بفتح التاء وتشديدها إلا من المشي خلفه واتباع أثره [في] (٢) أمر من الأمور .

ومنهم من يقرأه بتشديد التاء ، والأول أصوب .

ولجوازها شروط [ستة] (٣):

أولها : حُلول الدَّين المحال به .

والثاني : أن تكون الحوالة على أصل دَيْن .

والثالث : أن يكون [الدين] (٤) المُحال به عليه من نوع الدَّين المُحال قدرًا وصفةً .

والرابع : رضا المُحِيل والمُحَال بذلك .

والخامس: ألا يكون الدَّينان طعامًا من سَلَم أو أحدهما ، ولم يحلاً على خلاف [في ذلك] (٥).

والسادس : ألا يغيره [بتفليس] (٦) المُحَال عليه أو لِرَدّه على خلاف لنا في هذا الشرط مما سنبينه إن شاء الله.

---

(١) تقدم .

(٢) في أ : من .

(٣) في أ : خمسة .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ب : في فلس .

وقولنا :[أن] (١) يكون الدَّين المُحال بـه حَالاً احترازًا من أن يكون مؤجلاً .

ولا يخلو الدَّينان المُحَال به ،والمَحَال عليه من أن يحلاَّ ، أو لم يحلاَّ أو أحل أحدهما ،ولم يحل الآخر .

فإن حلاَّ جميعًا فلا إشكال في الجواز ، وإن لم يحلاَّ ، فلا إشكال في المنع ، وإن حَلَّ أحدهما ، ولم يحل الآخر ، وكان الحالّ هو المُحَالَ به ، فلا خلاف في المذهب في جوازها من غير اعتبار بحلول المُحَال عليه .

وإن كان الحال هو الدَّين المُحَال عليه ، فإن قبضه في الحال جاز ، وإن تَوَانَى في قبضه ؛ فلا يجوز لأن ذلك فسخ دَيْن في دَيْن .

وقولنا : أن تكون على أصل دين ، معناه أن يحيله على من له عليه ذلك القدر احتراز من أن يحيله على غير دَيْن كان للمُحِيل على المُحَال عليه.

فلا يخلو المحال من أن يعلم بذلك أو لم يعلم ، فإن لم يعلم فلا خلاف أن ذلك حمالة لا حوالة ، وأحكامها معروفة مفروغ منها .

فإن علم بأنه لا دين له عليه ، واشترط عليه المحيل براءة ذمته ، وأنه لا يطالب بشيء، هل ذلك حمل [أم] (٢) حمالة .

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك [حمل] (٣) لا حمالة ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة » حيث قال : وإذا أحاله على من لا دَيْن له عليه ، وشرط المحيل

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ

براءة ذمته من ذلك [الدَّين] [١] فرضى المحال [عليه] [٢] ، فإن ذلك يلزمه، ولا رجوع له على المحيل إذا علم أنه [لا] [٣] دَيْن له عليه ، فإن لم يعلم فله الرجوع .

والثاني : أن ذلك حمالة بشرط التبرئة على [المحال عليه] [٤] حتى إذا عجز وتَبيَّن عجزه ، وفلسه رجع المحال [عليه على المحيل] [٥] ، وهي رواية ابن وهب عن مالك في الكتاب ، [واتبعه] [٦] في الذي قال لرجل: حرق صحيفتك التي لك بِدَيْن ، واتبعني فيها من غير حوالة بِدَيْن كان له عليه ، فأتبعه حتى فلس الضامن ، أو مات ولا قاله أن للطالب الرجوع على الأول ،وإنما يثبت من الحول ما أحيل به على أصل دَيْن .

وقولنا : أن يكون ذلك بتراضٍ من المحيل والمحال عليه ؛ إذ لا يجبر على الحوالة من أباها منهما على ما قدمناه في صدر المسألة [من أن] [٧] قوله عليه السلام :« **ومن اتبع على مليء فليتبع** » [٨] أن المراد [به] [٩] الندب ، والإرشاد دون الوجوب .

وقولنا : أن يكون الدَّين المُحَال عليه من نوع الدَّين المُحَال به قَدْرًا وصفة،حترازًا من أن يكون الدَّين المُحَال به أكثر من الدَّين المُحَال عليه،أو

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : المحيل .
(٥) في أ : على المحال عليه .
(٦) سقط من ب .
(٧) سقط من أ .
(٨) تقدم .
(٩) سقط من أ .

أقل ، أو أجود صفــة أو أدنى صفة ؛ لأنه إن كان أقـل أو أكثر أو أجود أو أدنى صفة خرج عن الرُّخصة ، وصــار بيعًا ،وذلك حرام ،ولا يحل ،ولا خفاء في توجيه ذلك .

وقولنا : وألا يكون الدَّيْنَان طعامًا من سَلَم أو أحدهما ،ولم يحلاًّ على ما سنذكره مــن الخلاف [في ذلك] [1] فإن كانا جميعًا [طعامًا] [2] مــن سلم ، فلا يجوز قبل حلولهما أو حلول أحدهما ، قولاً واحدًا .

وإن حلا واختلفت رؤوس أموالهما [فكذلك أيضًا ،وإن اتفقت رؤوس أموالهما] [3] فالمذهب في الجواز على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه يجوز إن حلاًّ جميعًا ، وهو قول أشهب ؛ لأنه تولية بغير لفظها كما قال في المقاصة .

فإن كان أحدهمــا من سَلَم ،والآخر من قرض ، فإن حلاًّ جــميعًا جاز من غير خلاف إلا مــتأولاً ، وإن لم يحلاًّ لم يجز ،وإن حَــلَّ المُحَال به ، فالمذهب في الجواز على قولين :

أحدهـما : الجواز ، وهذا القول حكاه ابن حبيب عن جماعة أصحاب مالك .

والـثانـي : المنع ، وهو قــول ابن القاسم في « المدونــة » ، فإذا أثبت ذلك، فإنَّ المُحال يَتَنَزَّل في الدَّيــن [ق / ١٧٧ ب] الذي أُحِيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلتــه في الدّين الذي أحيل به ، فيما يزيــد أن يأخذه به منه أويبيعه به مــن غيره ، فإن احتال بطعام كان له مــن قرض في طعام ، فإن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

كان بسلم أو بطعام كان له من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل استيفائه ؛ لأنه إن كان احتال من القرض في السلم لم يجز له أن يبيعه قبل أن يقبضه لنزوله [فيه] (١) منزلة من أحاله .

وإن كان احتال من السلم في القرض لم يجز له أن يبيعه قبل أن يستوفيه ؛ لنزوله فيه منزلته في الطعام الذي احتال به ،ولا يجوز له أن يأخذ منه إلا الطعام الذي أحيل به أو مثل رأس مال السلم سواء ، يصير بمنزلة الإقالة .

وإن كان جميعًا من قرض جاز له أن يبيعه قبل أن يقبضه منه ، أو من غيره بكل ما يجوز أن يباع به طعام القرض ؛ لأنه كان يجوز [له] (٢) أن يبيع الطعام الذي احتال به قبل أن يقبضه ، وكان للذي أحاله أن يبيع الطعام الذي أحاله عليه قبل أن يقبضه لكونهما جميعًا من قرض .

وكذلك لو احتال بعرض كان له من قرض في عرض من قرض ، فإن كانا جميعًا من سلم ، وكان أحدهما سلم دنانير، والآخر سلم دراهم لم يجز له أن يبيع تلك العروض منه ، قبل أن يستوفيها بدنانير ، ولا بدراهم، لما قدمناه ، وجاز له أن يبيعها منه بعروض تخالفها إن كان الأجل لم يحل، وبما شاء من العروض إن حَلَّ الأجل ، وأما [بغيره] (٣) فيجوز له أن يبيعها بما شاء من الدنانير ، والدراهم ، والعروض المخالفة لها إذا تعجلها، ولا يجوز له أن يبيعها بعروض من صنفها أقل منها أو أكثر ، وإن تعجلها إلا أن يعجلها هو أيضًا ، فيكون ذلك يَدًا بِيَدٍ مثل الصرف .

وإن كان يسلم كل واحد منهما في عرضه دنانير أو دراهم مثل ما سلم

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : من غيره .

صاحبه ، جاز له أن [يـبيعه منه] [(١)] بمثل ذلك أو أقل ،ولا يـجوز بأكثر منه؛ لأنه يدخله سلم دنانير أو دراهم في أكثر منها إلى أجل .

وإن كان سلم أحدهما في عرضه أكـثر مما أسلم الآخر في عرضه ، لم يجز له أن يبيع العرض الذي أحيل علـيه إلا بمثل الثمنين فأقل ، ولا يجوز بأكـثر من أحدهـما ،وإن كان [مـثل] [(٢)] الآخـر أو أقل مـنه ،وإن كـان أحدهما من قرض ، والآخر من سلم فاحتال بأحدهما في الآخر لم يجز له أن يبيعه إلا بمثل رأس مال السلم ، فأقل كان الذي احتال [به] [(٣)] علـيه هو القرض أو السلم لما قدمناه من مراعاة الوجهين .

ولو كانت له دنانير من قرض ، فاحتال بها على ثمن طعام ، فلا يجوز له أن يأخذ من الذي أحيل عليه بها طـعامًا ؛ لأنه يتنزل منزلة من أحاله ، فيدخله الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا .

وكذلك إن كان له دنانيـر من ثمن طعام باعه ، فأحيل بهـا على دنانير من قرض لم يجز له أن يأخذ منه فيها طعامًـا ؛ لأنه يتنزل فيها منزلته فيما كان لـه على الـذي أحاله ، فـكما لا يجـوز له أن يأخـذ من الذي أحـاله طعامًا، فكذلك لا يجوز له أن يأخذ من هذا الذي أحيل عليه طعامًا ؛ لأنه غريم غريمه .

وقولنا : وألا يغره بفلس المحال عليه [أو لدده] [(٤)] لأن ذلك عيب في ذمة المحال عليه .

فلا يخلو المحال من أن يكون عالمًا بحال المحال عليه ، أو جاهلاً به .

---

(١) في أ : يبيعه .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : أولاده .

فإن كان عالمًا بحاله ،وما هو عليه من خراب الذمة ،فلا خلاف في المذهب أنه لا حجة له بعد ذلك .

فإن كان جاهلاً [به] (١) والمحيل عالم بحاله فغره بعدمه ، فهل ذلك عيب يوجب الرجوع للمحال على ذمة [المحيل] (٢) أو لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك عيب يوجب [له] (٣) الرجوع على ذمة المحيل ، وهو نص قوله في « المدونة » في « كتاب الحوالة » .

والثاني : أن ذلك ليس بعيب ، ولا يمكن من الرجوع عليه بشيء ، وهذا القول يؤخذ من « المدونة » من قول مالك في الذي يبيع سلعة من رجل فوجده [معدمًا] (٤) مفلسًا كتم ذلك عنه حيث قال : لم ينتقض البيع بذلك ،ولم يكن لبائع السلعة حجة ؛ إذ لا يمكن الكشف عن ذمة كل من يبيع منه شيئًا ؛ لما يدرك الناس من المشقة [ق / ١٦٥/ ٢أ].

والحوالة بيع ، فينبغي ألا يمكن من الرجوع على المحيل أيضًا .

اللهم إلا أن يقال : إن بيع الدَّين أمر نادر ، فلهذا لم يجز بيع الذمة إلا [بعد] (٥) العلم بعدم الغريم من [ملائه] (٦) وكان عيبًا في الحوالة إذا غَرَّه.

وعلى هذا يتخرج الخلاف فيما إذا أحاله عليه ثم أنكر المحال [عليه] (٧)

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : المحال .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : عديمًا .

(٥) في أ : بعدم .

(٦) في أ : ماله .

(٧) سقط من أ .

أن يكون عليه للمحيل [دَيْنٌ] [١] هل يكون ذلك عيبًا في الحوالة أم لا ؟

فلا يخلو من أن يكون المحال عليه حاضرًا في حين الحوالة أو كان غائبًا .

[فإن كان غائبًا] [٢] ثم قدم ، فأنكر أن يكون للمحيل عليه دين ، فذلك عيب في الحوالة قولاً واحدًا ، فإن كان حاضرًا لمجلس الحوالة ، واعترف على نفسه بالدَّين ثم أنكر بعد ذلك ولا بَيِّنة على إقراره ،هل يكون ذلك عيب في الحوالة أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن ذلك ليس بعيب في الحوالة ؛ لأن التفريط من جهة المحال حين ترك الإشهاد عليه وقت إقراره .

والثاني : أن ذلك عيب في الحوالة ؛ لأن المحال يقول : لو علمت أن ليس عليه بيِّنة ما قبلت الحوالة عليه .

والأول أظهر في النظر ،وهو اختيار [الشيخ أبي إسحاق] [٣] التونسي [رحمه الله ، والحمد لله وحده] [٤].

❑❑❑

(١) في أ : شيء .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

(٤) زيادة من ب .

المسألة الثانية
في الحوالة بالكتابة والحمالة بها

فأما الحمالة بالكتابة ، فلا تجوز باتفاق المذهب ؛ لأن الكتابة ليست [من الديون الثابتة] [١] ، ولا يجب على الكفيل بالكفالة إلا ما ثبت من الدّين على المكفول .

وأما الحوالة بالكتابة : فلا يخلو من أن يحيله بها على ما ليس بِدَيْن ثابت ، أو ما هو بدين .

مثل أن يحيله على مكاتب له آخر ، فإن حَلَّت كتابة الأعلى ، فهل تجوز الحوالة أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن الحوالة لا تجوز ؛ لأن السيد [المحيل] [٢] لا يدري ما يصح له ؛ إذ قد يعجز المحال عليه ، فتكون رقبته للسيد المحال ،وذلك بخلاف الأصل الذي تثبت عليه الحوالة ، وهو أن يكون الدَّين المحال [عليه][٣] من جنس دين المحال [له] [٤].

وإن كان ذلك موجودًا في بيع الكتابة على الجملة إلا أنَّ الأصول المستثناة من أصول فاسدة يكون التوقي ، والتحري فيها آكد مما يمهد ، وينشأ من ابتدائه [في الحال ثم الحكم يوجب ذلك بمهد وببعث] [٥] وعلى

(١) في ب : بدين ثابت .
(٢) في أ : المحال .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : به .
(٥) سقط من أ .

القول بجواز ذلك ، هل من شرطه أن يثبت السيد عتق المكاتب المحيل في الحال ، أم الحكم يوجب ذلك .

فإنه يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن من شرط جوازها أن يثبت السيد عتق مكاتبه في الحال ، وهو قول مالك في « المدونة » في « كتاب الحوالة » .

والثاني : أن الحوالة جائزة ، والحكم يوجب ثبات عتق المكاتب ، والتزامه بنفس تمام عقد الحوالة من غير تجديد عتق ، كما لو أدَّى المكاتب كتابته، أو أعطى عوضًا لم يحتج إلى تجديد عتق ؛ بل بنفس [قول] (١) سيده العوض وديعه للكتابة ، هو العتق ، فكان يجب على هذا إذا رضي السيد بالحوالة على مكاتب مكاتبه أن يكون حُرًا بنفس الحوالة ؛ لأن الأصول موضوعه على أن اسم الحوالة براءة لذمة المحيل .

فلم يبق لقوه في الكتاب إلا أن يكون السيد قد أثبت عتقه معنى ، ولا فائدة ،وهوظاهر قول الغير في كتاب الحوالة .

وأما إن أحاله على ما هو دَيْن ثابت ، فلا تخلو الكتابة من أن تكون حَالَّة أو غير حَالَّة .

فإن حَلَّت الكتابة ، فالحوالة جائزة إذا كان دين المحال عليه على صفة دين المحال به ، ويعتق المكاتب مكانه .

فإن لم تحل الكتابة ، فهل تجوز الحوالة بها أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في الكتاب :

أحدهما : أن الحوالة لا تجوز ؛ لأنها ذمة بذمة وربًا بين السيد ومكاتبه، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

---

(١) في ب : سؤال .

والثاني : أن الحوالة جائزة ،ويعتق العبد مكانه ؛ لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت ، فكأنه عجل عتقه على دراهم نقدًا أو مؤجلة ،والكتابة دنانير لم تحل ، وكمن قال [لعبده][1] : إن جئتني بألف درهم فأنت حُر ثم قال [له] [2] إن جئتني بخمسمائة درهم أو بعشرة دنانير فأنت حُر ، فإن جاء بها فهو حُر ، ولم يكن بيع فضة بذهب ، ولا فسخ الدَّين في أقل منه ، وكأن لم يكن قبله إلا ما أدى ،وهو قول الغير في الكتاب [أيضًا . والحمد لله وحده] [3].

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

كتـاب الغصب



كتاب الغصب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ،وجملتها ثمان مسائل :

المسألة الأولى

في معرفة حقيقة الغصب ، وحقيقة التعدي لغةً وشرعاً

أما حقيقتهما في اللغة :

فإن الغصب والتعدي ينطلقان على أخذ كل ملك بغير رضا مالكه من جميع ما يتمول من مال أو أشخاص أو منافع ، سرًا كان أو جهرًا ، وسواء أخذه على وجه الغصب أو التَّعَدِّي ، أو حرابةً ، أو سرقة ، أو اختلاسًا ، أو خيانة ، أو أخذه على وجه الجحد والاقتطاع .

وأما حقيقة الغصب في تعارف الفقه :

فهو أخذ الأعيان المتملكات بغير رضا أربابها على وجه القهر ، والغلبة، والملك ، والرقبة من ذي سلطان وقوة .

وأمَّا التَّعَدِّي : فإنما يستعمل عرفًا في أخذ المنافع والتصرف في استيفائها بغير إذن المالك ولا رضًا منه سواء كان ذلك [مستندًا][1] إلى إذن المالك في استيفاء المنافع على وجه ما أو إلى زمن ما كالكراء و[العرية] [2] أو مستندًا إلى إذن في التصرف في المال ، إما لمنفعتهما جميعًا كالإقراض ، واستئجار الصانع على صنعة ذلك الشيء كالصَّبَّاغ والخَيَّاطة .

وإما لمنفعة المالك وحده كالبضائع [والودائع] [3] أو كان تعديه غير

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : العارية .

(٣) سقط من أ .

مستند إلى إذن كاستعمال العبد أو الدَّابة بغير إذن مالكهما ،ويكون من يَدٍ قاهرة أو غير قاهرة .

وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي بوجوه :

منها : أن الغاصب ضامن السلعة يوم الغصب قولاً واحدًا في المذهب؛لأنه يوضع اليد صار ضامنًا بشرط الفوات على ما سنوضحه آنفًا إن شاء الله تعالى .

والمتعدي يضمن قيمتها ، وإن جاء بها سالمة ، وإن كان ابن شعبان قد حكى عن ابن وهب ، وأشهب ، وعبد الملك : أن الغاصب إذا أمسكها عن أسواقها حتى انتقصت قيمتها ، فهو ضامن كالمتعدي على ما سنشرحه في مسألة مفردة إن شاء الله تعالى .

ومنها: أن الغاصب يضمن بالفساد اليسير والمتعدي لا يضمن إلا بالفساد الكثير .

ومنها : أن المتعدي يغرم كراء ما تعدى عليه استعمله أو عطله بكل حال ،والغاصب لا إكراه عليه على أحد الأقوال في المذهب [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

---

(١) زيادة من ب .

المسألة الثانية
في حكم التعدي على الخصوص

ومن تعدى على مال رجل ، فجنى عليه جناية تفسده : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون ذلك الفساد [لا يبطل] [١] منه الغرض المقصود .

والثاني : أن يبطل منه الغرض المقصود .

فإن كان لا يبطل منه الغرض المقصود مثل أن يكون ثوبًا ، فشقه شقًا قليلاً، أو عبدًا قطع له أصبعًا أو أصبعين ، وهو من عبيد الخدمة أو عبيد التجارة ، أو جرحه جرحًا لا يؤثر في فساده ، ولا في ذهاب منافعه أو كانت دابة من ذوات [ق / ١٧٨ ب] الخدمة والسخرة ، فقطع أذنها أو أذنيها أو فقأ عينها ، وهي مما لا يُرَاد للركوب ، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الجاني يغرم ما نقصته الجناية ، وليس لرب السلعة المجني عليها أن يضمن الجاني قيمتها ، فإن كان ثوبًا رفاه أو قصعة أصلحها وغرم ما نقص بعد الرفو ، والإصلاح فألزمه الإصلاح ؛ لأن صاحب الثوب ، والقصعة ، لا يقدر على استعمالها إلا بعد الإصلاح .

وقد رام بعض متفقهة الزمان أن تستقرأ من هذه المسألة : جواز القضاء بالمثل في العروض بناء منه على أن التوب المشقوق بعد الرفو إذا أخذه رب الثوب كأنه أخذ غير ثوبه ، أو أنه أقام الرفو مقام ما قطع من الثوب ؛ لكونه أخذ عوضًا عنه .

وذلك خيال ؛ لأن الذي نقص من الثوب لا مثل له ،والرفو الذي رفاه

---

(١) في ب : لا يفسد .

المتعدي لا يماثل ما قطع من الثوب ولا يقاربه .

وحقيقة المماثـلة : مساواة العوض للمعوض عنه فـي المثلية ، ولو كان الرفو مماثلاً لما نقص من الثوب مـا غرم المتعدي النقص بعد الإصلاح ؛لأن من غرم مثل ما تعداه عليه لم يكن عليه غرم آخر .

فإذا فهمت ما ذكرناه تَبَيَّن لك اضمحلال ما خيل به من قصر ذهنه عن النظر في استقصاء المعاني .

فإن كان عبدًا أو دابة فإن الجاني يغرم ما نقصه القطع أو الجرح .

واختلف هل يغرم الجارح أجر الطبيب أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أنه على الجارح كالرفو ، ثم إن برئ الجرح على شين غرمه أيضًا .

والثاني : أن أجر الطبيب على [المالك] [1] دون الجارح بخلاف الرفو .

وقد اختلف تأويل المتأخرين في ذلك :

ـ فمنهم من قال : أن ذلك اختلاف قـول ، وأنه يلزم في قطع الثوب ألا يلزم القاطع المتعدي الرفو .

ـ ومنهم من قال : إن ذلك اختلاف سؤال ، وإن الفرق بينهما أن الرفو في الثوب أمر معلوم قدره ، ونهايته ، وأن الناس فيه على بصيرة أنه بالرفو يمكن الاستـمتاع بالثوب ، والانـتفاع به على حسـب ما كان ينتفـع به قبل القطع .

فلهـذا أمر المتعـدي بالرفو ؛ لأنه كـلف أمرًا معـلوم قدره وعاقـبته ، ومداواة الجرح أمر غائـب عنَّا لا ندري هل ينجح فيه الـدواء،فيبرأ أو يموت

---

(١) في ب : المجروح .

العبد أو الدابة قبل البُرء ، فيذهب مال الجاني [وعمله] [١] وعناؤه باطلاً .

[والمخدم لـه] [٢] لابد له إن مات بسبب الجرح أو برئ على شين ، ولا فرق على هذا الوجه بين أن يكون الفساد [ق / ١٦٦ / ٢/أ] يسيراً أو كثيرًا ، وإليه ذهب أبو الحسن اللخمي ، وهو صحيح .

وأما الوجه الثاني : إذا ذهب منه الغرض المقصود مثل أن يكون الفساد في الثوب يؤثر حتى يكون لباسه بعد الرفو [تشويهًا] [٣] ومثلةً بين الخلق ، أو كان عبدًا ، أو دابة ، فذهب بالجناية عليه الغرض المقصود منه .

فلا يخلو من أن يكون الفساد كثيرًا أويسيرًا [فإن كان يسيرًا] [٤] كقطع يد العبد أو رجليه أو فقء عينه ، أو كان دابة أو فرسًا ففقأ [عينها] [٥] ، وقطع يدها ، أو كانت بقرة ، أو ناقة ، أو شاة ففعل بها ذلك .

أما الثوب ، وسائر الحيوان الصامت ، فإن «مالك» اختلف فيها قوله ، فمرة قال : إن المتعدي [يضمن] [٦] ما نقصه ، ولم يفسر قليلة كانت جنايته أو كثيرة .

وليس لرب المال المجني عليه أن يضمنه قيمة شيئه ، وهذا قوله الأول.

ومرة قال : إن الخيار في ذلك لرب الشيء إن شاء أخذه معيبًا ، وإن شاء ضمنه قيمته يوم التعدي .

وهو الذي اختاره ابن القاسم من قول مالك ، فعلى القول بأنه بالخيار.

---

(١) سقط من أ .
(٢) في ب : والمجني .
(٣) في أ : تشبيهًا .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : عينيها .
(٦) في ب : يغرم .

فإن اختار أخذه معيبًا ، هل له أن يأخذه مع ما نقصه العيب أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن له أخذه مع ما نقصه العيب ، وهو قول مالك ، وابن القاسم ؛ لأن الحق له ، وهو المشهور .

والثاني : أنه لا شيء له من قيمة النقص ، وإنما له أخذ شيئه منه ناقصًا، أو أخذ قيمته ، فإذا عدل عن أخذ القيمة إلى أخذ عينه ناقصًا ، فقد رضي بنقصه ، ولا شيء له من أرشه ، وهو قول أشهب ، ومحمد ، وسحنون ، وهذا القول قائم من « المدونة » من غير ما موضع منها.

وقوله في كتاب القطع في السرقة في السارق تنهزل الدابة من ركوبه ثم أخذها ربها .

وفي « كتاب أمهات الأولاد » ، و« كتاب القذف » ، وفي الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما ، أن الشريك لا يضمن الواطئ ما نقصها الوطء ؛ لقدرته على التضمين ، فإن هلكت بَقِيَّت الأجزاء أو الجناية كثيرة ، هل يكون الجاني ضامنًا لجملة المجني عليه ؛ لما كان لربه أن يضمنه جملة أو لا تدخل البقية في ضمانه إلا باختياره أن يضمنه ، فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه ضامن لجملته ؛ لأنه أفسد البقية ،وصار ضامنًا لها حتى يدفع ربها عنه الضمان ، وهو ظاهر الكتاب في الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما ، فتموت أن الواطئ ضامن لها لإمكان أن تكون حاملاً من الواطئ؛ لأنها تعلقت بضمانه بنفس الفداء عليها حتى تظهر براءة رحمها ، فكذلك السلعة المجني عليها ، فإنها تعلقت بضمان الجاني حتى [يبرئه][1] ربها من الضمان .

---

(١) في أ : يبرئها .

والثاني : أن الجاني لا يضمن إلا ما [هلك] [١] بسبب جنايته خاصة ، وهو الذي يتعلق بضمانه بنفس الجناية [وبقية الأجزاء] [٢] لا تدخل في ضمان الجانى إلا باختيار ربه بالتضمين ، وهذا القول أيضًا قائم من «المدونة » من غير ما يوضع ، وعند ذكر موضع الخلاف يتبين لك موضع الاستقراء .

وسبب الخلاف : من ملك أن يملك ، هل يقدر كالمالك قبل أن يملك أم لا ؟

وهذا أصل متداعٍ كبير وبنى عليه [مشايخنا] [٣] ومسائل لا تتعدد.

وأما الحيوان الناطق كالعبيد إذا جنى عليها جناية مفسدة ذهبت بأكثر منافعها كما فصلناها في أول الفصل ، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الجاني ضامن بقيمة العبد يوم التعدي عليه .

واختلف : هل ذلك بإيجاب الشرع ، أو إيجاب السيد ؟

فقيل : إن ذلك بإيجاب الشرع ، ولا خيار في ذلك لسيد العبد ، وهو قول مالك في « المدونة » ، وفي « كتاب محمد » .

والثاني : أن ذلك بإيجاب السيد ، وأنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته ، وإن شاء [ضمنه] [٤] ما نقص .

واختلف هل يعتق على الجاني ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يعتق عليه ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنه لا يعتق عليه ؛ لأن العتق بالمثلة إنما يكون فيما يملكه ابن

(١) في أ : هلكت .

(٢) في أ : وبقيته الأخرى .

(٣) سقط من ب .

(٤) في أ : أخذ منه .

آدم .

والنبي ﷺ يقول : « **مَنْ مَثَّلَ بَعبده عُتِق عليه** »[1] .

وهذا القول أظهر في النظر ، والأول أشهر في النقل .

وسبب الخلاف : ما قَدَّمْنَاه من اختلافهم في إيجاب القيمة على الجاني، هل ذلك بإيجاب الشرع أم بإيجاب السيد .

وأما إن كان الفساد يسيرًا كقطع اليد الواحدة [أو الرِّجل الواحدة][2] أو فقء العين الواحدة ، أو قطع أذن دابة القاضي أو أذنيها ، وأما قطع اليد الواحدة ،أو الرجل الواحدة ، أو فقء العين الواحدة ، أو قطع الأصبع الواحد من العبد الصانع الذي صنعته في يده ، ولا حرفة له إلا صنعته ، وليس هو من عبيد خدمه ،ولا من عبيد التجارة ، فقد اختلف فيه المذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه لا يضمنه الجاني ، وإنما عليه ما نقصه ،وهو قوله في «كتاب [الديات] »[3] من المدونة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الغصب»، وهو قول عبد الملك في « ثمانية أبي زيد » في الفرس الغازة تفقأ عينه ، وأحد قوليه في أذن دابة القاضي ، وهو قول مطرف ، وأصبغ ، ولا فرق في جميع ذلك بين العبد والدَّابة .

والثاني : أن الجاني يضمن قيمة تلك الجناية ، وهو قول مالك في المجموعة ، وقول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » في العبد الصانع الذي عظم خراجه ومنفعته في صنعته ، وهو ظاهر قول مالك في

---

(١) أخرجه الحاكم (٨١٠٢) ، وابن عدي في الكامل (٢ / ٣٧٧) من حديث ابن عمر ، وفيه حمزة الجزري ، يروي الموضوعات .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

« كتاب الغصب » أيضًا فيمن تعدَّى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين حيث قال : يضمن قيمة العبد كلها إذا كانت جنايته قد أفسدته ، بمنزلة ما أفسد من العروض .

فعلق ضمان جميع قميته بفساد الجناية دون اعتبار عدد الأعضاء المقطوعة.

وقال في الدَّابة إذا قطع يدها ، أو رجلها ، أو فقأ عينها ، أو قطع أذنيها : إن ذلك عيب أفسد الدَّابة حتى لا يبقى فيها كبير منفعة أخذها الجاني ، ويغرم قيمة جميعها ، والغنم ، والبقر ، والإبل مثل الثوب ، وهذا نص قوله في «الكتاب » .

فقلت : وأي منفعة تبقى في الدَّابة بعد ذهاب يدها أو رجلها ، ولا ينبغي مساواة فقء العين الواحدة ، وقطع اليد الواحدة أو الرِّجل في الدَّواب، وإنما ينبغي موازاة العينين فيها باليد الواحدة أو الرِّجل الواحدة ؛ بل ينبغي فيها بعض المنفعة مع ذهاب العينين دون قطع اليد والرِّجل .

وذلك أنها تستعمل في جر الرحى ، والزرانيق مع ذهاب عينيها ، ولا يستعمل المقطوعة [اليد أو] [1] الرِّجل في ركوب ، ولا حمل ، ولا عمل.

والثالث : التفصيل بين العبد والدَّابة ، فيضمن العبد فيما يوجب العتق في المثلة ، وإن لم يبطل له منفعة ، والدَّابة لا [يضمنها] [2] إلا بما أبطل منها أكثر منافعها ، وهو ظاهر قوله في « المدونة » أيضًا حيث قال : إذا كان فَسادًا لا منفعة [فيه] [3] حتى يضمنه من تعدى عليه عتق عليه.

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يبطلها .

(٣) سقط من ب .

وإلى هذا أشار بعض حُذَّاق المتأخرين في الاستقراء ، وأما قطع أذن دابة القاضي أو ذنبها ، أو قطع عمامته ، أو طيلسانه ، فقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ضامن لجميع قيمته لذهاب الغرض المقصود منه لصاحب الدَّابة ، وكذلك إن فعل بمركوب القاضي خاصة ما يوجب على عراجه ، فإنه ضامن لجميع قيمته ، وهو قول ابن القصار ومثله في « كتاب ابن حبيب » ؛ لأن عادة ذوي الهيئات ، والمناصب اجتناب ركوب ما به ذلك من الدَّواب .

والثاني : أنه لا يضمن منها إلا أرض الجناية خاصة بناءً على أن ذلك لم يذهب بأكثر منافعها [لأن فيها منافع] [١] سواء ركوب من ذكرنا [وغيره][٢] وهذا أحد قولي مالك في التعدي في العروض ، والدَّواب ،ولم يفصل بين أن يكون الفساد يسيراً أو كثيراً .

والثالث : التفصيل بين الأذن ، والذَّنَب ، فيضمن جميع قيمتها في الذَّنَب ، وفي الأذن يضمن [قيمة] [٣] ما نقص ، وهو أحد قولي عبد الملك في « كتاب ابن حبيب » .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى بطلان المنافع بالإضافة إلى رب الدَّابة وحده أم النظر إلى اعتبار المنافع على الجملة ؟

فمن اعتبر بطلان المنافع بالإضافة إلى رب الدَّابة بانفراده ؛ لكونه ممن لا يركب مثل ذلك من الدواب .

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : مقدار .

قال بوجوب [ضمان] [١] القيمة على المتعدي .

ومن نظر إلى اعتبار منافع الدَّابة على الجملة قال : لا يضمن المتعدي إلا قيمة العيب خاصة لبقاء أكثر منافع الدَّابة في الحملان ،والاستعمال ، وركوب من لا يستنقص بذلك ،ولا يراه وصمًا في حقه .

ومن فرق بين الأذن والذَّنَب يرى أن قطع الذَّنَب أشوه من قطع الأذن.

والشاة ، والبقرة إذا ضربها فانقطع درها مثل الدَّابَة في جميع ما ذكرناه إذا كان شأنها اللبن ، وهو المقصود منها .

فإذا كان عبدًا فأخصاه ضمن ما نقصه ،فإن لم ينقصه [ق / ١٧٩ ب] فلا شيء عليه ، فإن زادت قيمته هل يضمن شيئًا أم لا ؟ [فالمذهب][٢] على قولين :

أحدهما : أنه لا يغرم الجاني شيئًا ،ولا يضمنه ، ويعاقب على فعله ذلك .

والثاني : أنه ينظر إلى تلك الزيادة ، فإن كانت قدر ثلث قيمتها أو ربعها ، فإ الجاني يغرم قدر ذلك كله كأنه نقص من قيمته ، والقولان حكاهما اللخمي [والحمد لله وحده] [٣].

❑❑❑

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثالثة

في الحكم في الغصب

فلا يخلو [الشيء المغصوب] [١] من أن يكون قائمًا بيد الغاصب ، أو فائتًا من يده .

فإن كان قائمًا فلا يخلو من أن يتغير أو لا يتغير .

فإن لم يتغير لا في الذَّات ، ولا في الصفة ، فلا يلزم الغاصب إلا رده بعينه ،ولا غرم عليه ؛ لأن ضمان الغاصب بوضع اليد بشروط فوات الشيء المغصوب ، أو تغييره عن حاله ، وعليه الأدب الوجيع من السلطان.

فإن تغير عن حاله ، فلا يخلو من أن يتغير في ذاته أو في سوقه .

فإن [ق / ١٦٧/ ٢أ] تغير في ذاته ، فلا يخلو تغييره من أن يكون بزيادة أو نقصان .

فإن تغير بزيادة فلا تخلو تلك الزيادة من أن تكون من فعل الله تعالى، أو تكون من فعل [الغاصب] [٢] ، فإنْ كانت من فعل الله تعالى كالصغير يكبر [والهزيل] [٣] ، يسمن ،والعيب يذهب ، فليس ذلك بفوات على [كل] [٤] حال .

فإن كان من فعل الغاصب ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون قد أخرج فيه من ماله عينًا قائمة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : المغصوب .

(٣) في أ : والهزول .

(٤) سقط من أ .

والثاني : ألا يكون أخرج فيه من ماله سوى العمل .

فأما إن كان قد أخرج فيه من ماله عينًا قائمة ، فإنه على وجهين أيضًا :

أحدهما : أن يكون ذلك الشيء يمكنه إعادته .

والثاني : ألا يقدر على إعادته ، فإن كان مما يقدر على إعادته كالبقعة بينهما ، وما أشبه ذلك ، فالمغصوب منه يخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها ، وإزالة ما له فيها [أو أخذها بقيمة ما فيها] [1] من النقص مقلوعًا مطروحًا بالأرض .

وهل ذلك يعد طرح أجرة القلع [أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ذلك بعد أجرة القلع] [2].

والثاني : أنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة .

والثالث : التفصيل بين أن يكون الغاصب ممن يتولى ذلك بنفسه أو بغيره ، فلا يحط من ذلك أجر القلع ، أو يكون ممن يستأجر عليه ، فلا يحط من القيمة شيء ، وهذا القول مخرج غير منصوص عليه ، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ما له قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه [شيء] [3] ؛ لأن من حقه أن يلزم الصمت هدم البناء، وإعادة البقعة إلى حالها ، فإذا أسقط ما له من الحق قبله في ذلك ، فلا حجة له ، ويؤيد ذلك قوله ﷺ : « **ليس لعرق ظالم حق** »[4].

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) ، ومالك (١٤٢٤) ،والشافعي في المسند (١٧٥٧) ، والدارقطني (٣ / ٣٥) ، وصححه الشيخ الألباني ـ رحمه الله .

فأما إذا كان ذلك مما لا يقدر على إعادته على حاله كالثوب يصبغه ، والجلد يدبغه ، والسويق يلتّه ،فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أن المغصوب منه يخير بين أن يدفع قيمة الصبغ ، وما أشبهه ، ويأخذ ثوبه ، أو يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلتّه بالسَّمن ، وما أشبه ذلك من الطعام ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب الغصب » ، و« كتاب اللقطة » .

والثاني : أن الخيار للمسروق منه دون السارق ، وإن شاء أعطاه قيمة الصبغ ، وإن أبا بيع الثوب ، وهو قوله في « كتاب القطع في السرقة » من المدونة ، ولم يجعل الخيار للسارق .

والثالث : أنه يأخذ ثوبه ، ولا شيء عليه في العمل من طحين ، وطبخ، وصبغ [وغيره] [1] وهو قول أشهب .

والرابع : أنهما يكونان شريكين هذا بقيمة ثوبه ، وهذا بقيمة صبغه إذا أبا رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ [وأبا الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره في « كتاب اللقطة » من « المدونة » ، وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة .

والخامس : أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب به القيمة يوم الغصب ، ولا يكون للمغصوب منه أن يعطيه قيمة الصبغ ، ويأخذ الثوب ، وكذلك ما أشبه الصبغ] [2]، وأما السويق ، والحنطة إذا طحنها ، أو الفضة إذا صاغها، أما الحنطة ، والفضة ، فقد اختلف فيهما في المذهب على قولين [من المدونة] [3]:

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : قائمين من الكتاب .

أحدهما : أنه يكون على الغاصب مثل الحنطة ، ومثل الفضة ، ولا يأخذ ما عمل من فضة ، ولا ما طحن من حنطة ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب ، وعلل ذلك بأن قال : إن أخذت ذلك من الغاصب بلا أجرة ظلمته ، وإن دفعت إليه ثمن العمل كان ذلك من التفاضل في الطعام ، والفضة .

والثاني : أن له أن يأخذ ما عمل من فضته ، وما طحن من قمحه [لأن الطعام طعامه ، والفضة فضته] (١) ولاسيما على مشهور المذهب أن الطحين ليس بصنعة ،ولا شيء عليه في الأجرة ، وهو قول أشهب .

وأما إذا غصبه سويقًا فَلَتّه بسمن ، فهل يخير المغصوب منه بين أن يضمنه المثل ، ويأخذه ويعطيه قدر ما لَتَّ به من السمن أو لا خيار له أصلاً، وإنما يكون له المثل ؟ قولان :

أحدهما : أنه لا خيار له ، وإنما يضمنه مثل سويقه ؛ لأن ذلك فوت ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب ، ووجهه أنه لو حاول أخذ السويق الملتوت ، ودفع ما لَتَّ به من السَّمن لكان ذلك ربًا لأجل التفاضل بين الطعامين ؛ لأن قدر ما يدخله من السمن مجهول ،والجهل بالتماثل كتحقيق التفاضل .

والثاني : أن له الخيار في ذلك ، وأن القدر الذي [أدخله] (٢) من السَّمن يُدْرك مقداره بالتحري من أهل المعرفة ، والتحري معيار في الشرع .

وأما إذا لم يخرج الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل ، فذلك على وجهين :

أحدهما : أن يكون ذلك يسيرًا لا ينتقل به الشيء عن اسمه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وكله .

[**والثاني** : أن يكون العمل كثيرًا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه . فإن كان يسيرًا لا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه] (١) كخياطة الثوب ، والرفو ، وما أشبه ذلك ، فلاحق فيه للغاصب ويأخذ [المغصوب] (٢) منه الشيء المغصوب معمولاً .

فإن كان العمل كثيرًا ينتقل به الشيء المغصوب منه عن اسمه حتى يكسب بذلك اسمًا آخر كالخشبة يعمل منها تابوتًا ، أو أبوابًا ، أو القمح يطحنه ، أو الغزل ينسجه ، أو الفضة يصوغها حُليًا ، أو يضربها دراهم ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك كله فوت يوجب للمغصوب منه أخذ القيمة يوم الغصب أو المثل فيما يقضي بمثله ،وهو مذهب ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن للمغصوب منه أخذ ذلك كله ، ولا شيء عليه فيما لا يقدر الغاصب على أخذه من الخياطة ، والرفو ، والنسج ، والطحين ، وعمل التابوت ، والأبواب ، وغير ذلك ، وهو قول أشهب لقوله ﷺ : «**ليس لعرق ظالم حق**» (٣) .

وأما الوجه الثاني من الوجه الثاني من أصل التقسيم :

إذا تغير بنقصان ذاته ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون [ذلك] (٤) بسبب سماوي .

والثاني : أن يكون بسبب آدمي .

فإن كان ذلك بسبب سماوي ، فلا يخلو ذلك النقص من أن يكون

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) تقدم .

(٤) سقط من أ .

يسيرًا أو كثيرًا .

فإن كان كثيرًا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن المغصوب منه يخير بين أن يضمنه قيمته يوم الغصب ، أو يأخذه ناقصًا ،ولا شيء له من قيمة الـنقص ، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة .

والثـاني : أنه يأخذه ويضمن الغاصب قيمة النقص يوم الغصب ، وهو قول سحنون .

فإن كان العيب يسيرًا ، هل يضمن به الغاصب أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يضمن بالعيب اليسير كما يضمن بالكثير ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثـاني : أنه لا يضمن بالعيب اليسير كالتعدي ،وهو ظاهر قول مالك في المدونة «في كتاب الغصب» ، حيث قال : [في] [١] الغاصب للجارية إذا أصابهـا [عيب] [٢] غير مفـسد : قال [لي] [٣] مالك : لـيس له إلا جاريته إلا أن تنقص في بدنها ، ولم يقل لي نقصان قليل ، ولا كثير.

فقال ابن القاسم : وذلك عندي سواء نقصت قليلاً أو كثيرًا إن أحب أن يأخذها معيبة على حالها ، وإن أحب يضمنه قيمتها يوم غصبها.

وظاهرقـول ابن القاسم ، هـذا مخالف لـقول مالك لقـوله : « وذلك عندي سـواء » [لأنه] [٤] يشعر بخلاف ما تقـدم من قول مالك ، وظاهر

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .

[قول مالك] (١) أن الغصب ، والتعدي سواء لا يلزمه القيمة إلا في اليسير دون الكثير ، وهو ظاهر قوله في « كتاب محمد » ، وهو نص أبي القاسم ابن الجلاَّب في « التفريع » (٢): أن العيب اليسير لا يضمن به الغاصب .

فإن كان بسبب آدمي فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون ذلك بجناية الغاصب .

والثاني : أن يكون بجناية غيره .

فإن كان بجناية الغاصب ، فالمغصوب منه مخير قولاً واحدًا .

واختلف فيما يخير على خمسة أقوال :

أحدها : أنه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب ، أو يسقط عنه حكم الغصب ، فيأخذه ، وما نقصته الجناية يوم جنايته ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه مخير إن شاء ضمنه القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الغصب ، وهو مذهب سحنون .

والثالث : أن للمغصوب منه أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ناقصًا ،ولا شيء له في الجناية ، وهومذهب أشهب ، ويوجد لابن القاسم مثله في « المدونة » في السارق بهزل ركوبه الدَّابة : أنه لا شيء عليه مما نقصه [الهزال] (٣) ،وفي « كتاب القذف » في الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما ، ولم تحمل .

والرابع : أن للمغصوب [منه] (٤) أن يضمن للغاصب في الوجوه كلها التي تفيت المقصود والقية قيمته أي يوم شاء ، فيكون له عليه أرفع القيم ،

(١) في أ : قوله .
(٢) التفريع (٢ / ٢٧٤ ، ٢٧٥) .
(٣) في أ : الهزل .
(٤) سقط من ب .

حكى هذا القول ابن شعبان عن ابن وهب ، وأشهب .

وعبد الملك قال : لأن الغاصب مخاطب برد الشيء المغصوب كل يوم،وكل وقت ،ومتى لم يرده كان مبتدئ الغصب حينئذ مثل أن تكون قيمته حين غصبه خمسين ثم بلغت [بعد] (١) ذلك مائة ثم عادت إلى خمسين ، ثم فات فوتًا يوجب التضمين .

والخامس : التفصيل بين أن يكون الشيء المغصوب للقنية أو للتجارة ، فإن كان للقنية ، فعليه قيمته يوم الغصب ، وإن كان للتجارة [فإنه يكون عليه أرفع القيم ، وهو اختيار بعض المتأخرين ، ووجهه أنه إنما كان للقنية لم يفت له فيه غرض مرتقب إلا قدر ما فيه من الخدمة لا غير ؛ فلذلك تكون عليه قيمته يوم الغصب ؛ لأن بوضع اليد صار ضامنًا فشرط الفوات، وإذا كان للتجارة] (٢) فقد [ق /١٦٨/ ٢ـ أ] ارتقب به زيادة الأسواق وغزارة الأرباح ، فإنه يغرم أرفع القيم ؛ لأنه حرمه البيع بحبسه إياه عن أسواقه ، فوجب [بذلك] (٣) أن يكون عليه الأكثر ، وهو قول الغير في كتاب [كراء] (٤) الرواحل ،والدواب في المكترى يحبس الدابة بعد [أمد] (٥) الكراء ، وربها غائب.

وأما إن كانت الجناية من الأجنبي : فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب ويتبع الغاصب الجاني أو يسقط عن الغاصب طلبه ، ويتبع الجاني

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) في ب : إمكان .

[بحكم الجناية] [١] ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

فإن اختار تضمين الغاصب ، فأي قيمة يضمنه ؟ فإنه يتخرج على ثلاثة أقوال :

أحدها : قيمته يوم الغصب على مذهب ابن القاسم ، أو الأكثر على ما حكاه ابن شعبان .

أو التفصيل على اختيار ما حكاه بعض المتأخرين على ما قدمناه .

فأما إن تغير سوقه ، أو طال مكثه في يد الغاصب ،ولم يتغير سوقه ، ولا يد له ، فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا ضمان على [ق / ١٨٠ب] الغاصب بذلك ، وإنما للمغصوب منه أخذ عين شيئه ، ولا خيار له في ذلك ،وهو قول ابن القاسم في «المدونة » وغيرها .

والثاني : أن الخيار للمغصوب منه بين التضمين وأخذ عين شيئه ، وهو ظاهر ما علل به ابن شعبان حيث قال : لأنه مخاطب بالرد كل يوم ، وكل وقت ، فصار كمبتدئ الغصب في الحال ، فجعل له أرفع القيم ؛ لأنه ردها بعد [تعطيل] [٢] أسواقها ، وفوته الفرصة فيها ، وإذا كانت أسواقها لم تتغير إلا أنها طالبت إقامة الشيء المغصوب عنده فيضمن ؛ لأنه حبسه عن منافعه ،وعطّله عن الانتفاع به ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» في « كتاب الغصب » من المدونة حيث قال : لولا ما قاله مالك لجعلت على السارق مثل ما جعلت على المتكاري من كراء ركوبها ، وأضمنه قيمته إذا حبسها عن أسواقها ،والغاصب ، والسارق في الضمان واحد.

---

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : اطلاع .

والثالث : التفصيل بين أن يكون قد سافر عليها أو حبسها في داره .

فإن سافر عليها إلى بلد بعيدة مثل ما بين مكة ، والمدينة أو أكثر ، فإنه يضمنه أو يأخذها وكراء المثل كالمكترى يعتاد المسافة ، فحيث [لم] [1] يلزم المكترى القيمة لم تلزم الغاصب أمرهما واحد ، فإن حبسها في داره قدر ما لو سافر بها للزمته ، ولم يلزمه فيها قيمة ، وهو قول عبد الملك في «ثمانية أبي زيد» .

والرابع : التفصيل بين أن يكون للقنية أو للتجارة ، فإن كانت للقنية ، فلا يضمن بحوالة الأسواق ، وإن كانت للتجارة فإنه يضمن ، وهو اختيار بعض المتأخرين على ما قدمناه .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل [المسألة] [2] :

إذا كان المغصوب فائتًا ، فلا يخلو فواته من وجهين :

إما أن يفوت فوات عين .

أو يفوت فوات معنى .

فإن فات فوات عين : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يموت حتف أنفه .

والثاني : أن يموت مقتولاً .

فإن مات حتف أنفه ، فعلى الغاصب قيمته يوم غصبه ، ولا خلاف في ذلك .

وإن مات مقتولاً ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون القتل من الغاصب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : التقسيم .

والثاني : أن يكون من غير الغاصب .

فإن كان الغاصب هو الذي قتله ، فإن الغاصب يضمن القيمة .

واختلف متى تعتبر القيمة على قولين :

أحدهما : أن القيمة في ذلك يوم الغصب ،وهو قول ابن القاسم في «المدونة » ، وهو أحد قولي سحنون في « المجموعة » .

والثاني : أن له أن يضمنه قيمته يوم القتل ، وهو قول ابن القاسم في «الدمياطية » .

[وأحد قولي سحنون في « المجموعة »] (١) ؛ لأن القتل فعل حادث غير الغصب ،وقد اختلف فيه قول ابن القاسم ،وسحنون .

فإن قتله أجنبي غير الغاصب ، فلا يخلو من أن تكون قيمته يوم القتل ويوم الغصب متفقة أو مختلفة .

فإن كانت متفقة ، فله أن يتبع أيهما شاء إن شاء الغاصب ،وإن شاء القاتل ، فإن اختار اتباع القاتل كان ذلك براءة للغاصب ،فإن اختار [اتباع](٢) الغاصب كان للغاصب الرجوع على القاتل بمثل ما غرم ما لم يخرج عن النقد المألوف بينهم في بلدهم.

فإن اختلفت القيمة فلا يخلو من أن تكون قيمته يوم الغصب أكثر أو قيمته يوم القتل أكثر .

فإن كانت قيمته [يوم الغصب] (٣) أكثر مثل أن تكون قيمته يوم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

الغصب مائة وعشرون وقيمته يوم [القتل] [١] مائة ؛ فله الخيار في ذلك إن شاء أتبع الغاصب ،وإن شاء أتبع القاتل .

فإن أتبع الغاصب ، فإنه يأخذ منه مائة وعشرين ثم يرجع الغاصب على القاتل بمائة ، وإن أتبع القاتل ، فيأخذ منه مائة ثم ينظر ، فإن قصد باتباع القاتل رفع حكم الغصب عن الغاصب ،فلا يرجع عليه بشيء ، فإن لم يقصد ذلك ، فله الرجوع على الغاصب بتمام ما عجز عنه القاتل ،وهو عشرون دينار [وإنما سوغنا له اتباع القاتل أولاً ؛ لأنه غريمه في ذلك الشيء، فإن كانت قيمته يوم القتل مائة وعشرون وقيمته يوم الغصب مائة ، فالخيار للمغصوب منه أيضًا ، فإن اختار اتباع القاتل أخذ منه مائة وعشرين][٢] .

وكان ذلك براءة للغاصب ،وإن اختار اتباع الغاصب ،فإنه يأخذ منه مائة ، ثم يرجع الغاصب على القاتل .

واختلف هل يرجع عليه بما غرم خاصة أو بجميع قيمته يوم القتل ، على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه يرجع بمائة وعشرين جميع قيمته يوم القتل ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

ووجهه أنه لما غرم الغاصب قيمته يوم الغصب وجب أن يكون [النماء][٣] الحادث فيه من زيادة القيمة ، واختلاف الأسواق للغاصب كما عليه نقصه إن نقصت .

والثاني : أنه لا يرجع عليه إلا بالمائة التي غرمها خاصة ، والعشرون

(١) في أ : الجناية .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

الزائدة تكون للمغصوب منه ؛ لأن الغاصب ،والمتعدي لا يربح ،وهو قول أشهب على ما نقله التونسي ، وهو قول ابن القاسم أيضًا في « كتاب السلم الثاني » من « المدونة » في باب : تعدي الوكيل .

فأما إذا فات الشيء المغصوب فوات معنى ، فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها : أن يبيع .

والثاني : إن يهب أو يتصدق .

والثالث : أن يعتقه إن كان عبدًا .

والرابع : أن يطأها إن كانت أمة .

فأما الوجه الأول : إذا باع الشيء المغصوب ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون قائمًا بيد المشتري ، أو فائتًا .

فإن كانت قائمًا : فالخيار في ذلك للمغصوب منه إن شاء أجاز البيع ، وأخذ الثمن ، وإن شاء أخذ عين شيئه ، ويفسخ البيع .

فإن اختار إجازة البيع ، وأخذ الثمن : فإن ذلك لازم للمشتري ولا حجة له ، وتكون عهدته على المستحق ، إلا أن يكون المغصوب منه فاسد الذمة بحرام أو أنه سيئ المعاملة ،فلا يلزم البيع للمشتري إلا أن يشاء ،وهو قول بعض المتأخرين ، وما قاله تفسير للمذهب ، فإذا قلنا بلزوم البيع للمشتري في الصورة التي لا خيار له فيها ، فإن لم يقبض الغاصب الثمن أو قبضه ، وهو موسر فلا إشكال في الجواز .

فإن قبضه الغاصب ، وهو في حين جواز البيع معسر ، فهل يغرم المشتري الثمن ثانيًا أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يرجع عليه المستحق ، ويغرمه الثمن ثانيًا .

ذمة الغاصب على مقتضى هذا القول .

والقولان حكاهما اللخمي ، ولم يُسم قائلها .

وسبب **الخلاف** : اختلافهم في العقد بانفراده ، هل يسمى بيعًا ، وإن لم يقارنه قبض أو لا يسمى بيعًا حتى يقارنه القبض ؟

فإذا قلنا : إن [العقد يسمى بيعًا] (١) كان له الرجوع بالثمن على المشتري ثانية ؛ لأنه يقول : إنما أجزت البيع دون القبض .

وإذا قلنا : إن العقد لا يسمى بيعًا إلا بالنقد ، لم يكن له الرجوع على المشتري بالثمن ثانية ؛ لأنه قد جوز البيع على الصفة التي وقع عليها من المنافذة والمقابضة ، اللهم إلا أن يصرح ويقول : إنما [أجزت] (٢) البيع بشرط أن أقبض الثمن في الحال ، وإلا فلا أُجَوِّز ، فيكون على شرطه .

فإن كان فائتًا ، فلا يخلو من أن يكون الفوات بسبب سماوي أو بسبب آدمي .

فإن كان بسبب سماوي ، فلا يخلو المشتري من أن يعلم بالغصب أو لا يعلم ، فإن علم بالغصب فحكمه حكم الغاصب في جميع ما ذكرناه في الغاصب ، فإن لم يعلم بالغصب فلا [ضمان] (٣) على المشتري ، وضمان الشيء المغصوب [على] (٤) الغاصب .

فإن فات بسبب آدمي ، فلا يخلو من أن يكون بسبب المشتري ، أو بسبب المشتري أو بسبب أجنبي .

فإن كان فواته بسبب المشترى مثل أن يكون عبدًا فقتله أو قطع يده .

فإن قتل فلا يخلو من أن يكون قتله عمدًا أو خطأ ، فإن قتله المشتري

---

(١) في ب : البيع يسمى قبضًا .

(٢) في أ : جوزت .

(٣) في أ : شيء .

(٤) في أ : من .

عمدًا ، فالمغصوب منه يخير بين مطالبته الغاصب ، ومطالبته المشتري ، فإن اختار مطالبة الغاصب كان مخيرًا بين شيئين ، إما أخذ الثمن الذي باع به الغاصب ، وإما أن يأخذه بحكم الغصب ، فيضمنه القيمة .

إما قيمته يوم الغصب على مذهب الكتاب .

وإما قيمته يوم البيع على قول ابن القاسم في« الدمياطية » ؛ لأنه تعدٍ ثانٍ على قوله في [الكتاب] [1] وفي كلا الوجهين لا رجوع للغاصب على المشتري بشيء .

فإن اختار مطالبة المشتري فيأخذه بقيمته يوم قتله ، ثم لا رجوع للمشتري على البائع الذي هو الغاصب في الثمن ؛ لأن العوض الذي أخذه منه قد أتلفه .

فإن قتله خطأ هل يرجع عليه المغصوب منه بشيء أم لا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بالخطأ كما يأخذه بالعمد .

والثاني : أنه لا يأخذه كما لو مات حتف أنفه ؛ لأنه أخطأ على مال نفسه في الظاهر ، والمستحق قادر على أن يضمن الغاصب ويجيز البيع ، ويأخذ [ق / ١٦٩/ ٢أ] الثمن ، والقولان حكاهما اللخمي وغيره .

ووجه القول الأول أنه أخطأ على مال غيره ، فيجب أن يضمنه ؛ لأن العمد والخطأ في أموال المسلمين سواء .

وعلى القول بأن له مؤاخذة المشتري في قتل الخطأ ، فإن المشتري يرجع على الغاصب بما قبض منه من الثمن .

---

(١) في ب : القتل .

وعلى القول بأنه لا يؤاخذ المشتري في قتل الخطأ ، فإنه يتبع الغاصب، وكذلك الحكم إذا قطع يده عمدًا أو خطأ ، فيكون للمستحق أن يأخذ العبد وما نقصته الجناية ،ويرجع المشتري على البائع بالثمن .

ويختلف فيه إذا كان القطع خطأ ، فإن كان القطع من أجنبي تساوى فيه العمد ، والخطأ ، فإن قتله أخذ منه قيمته ، وإن قطع [يده] [1] أخذ العبد وأرش الجناية من الجاني إن شاء المستحق ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن الذي أخذه منه ،وإن شاء أخذ الثمن أو القيمة من الغاصب على ما بيناه .

وأما الوجه الثاني : إذا وهبه الغاصب أو تصدق به ، فلا يخلو من أن يكون قائمًا أو فائتًا .

فإن كان قائمًا بيد الموهوب له أوالمتصدق عليه لم يكن له إلا أخذه ونقضه للهبة أو الصدقة لا غير ذلك .

فإن كان فائتًا فلا يخلو من أن يكون بسبب الموهوب له أو بسبب سماوي .

فإن كان بسبب سماوي ، فلا يخلو من أن يكون عالمًا بالغصب أو غير عالم.

فإن كان عالمًا فحكمه حكم الغاصب في جميع ما قدمناه .

فإن لم يعلم بالغصب ، فلا ضمان عليه قولاً واحدًا .

فإن كان [ذلك] [2] بسبب الموهوب له مثل أن يكون عبدًا فأعتقه أو قتله ، أو ثيابًا ، فلبسها حتى أبلاها ، أو طعامًا فأكله ثم استحق ذلك

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .

رجل العضب فلا يخلو الغاصب، من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان معسرًا فلا خلاف أن المستحق بالخيار إن شاء جَوَّز فعل الغاصب وأتبعه بقيمة شيئه إما يوم الغصب على قول ، وإما يوم الهبة على قول ، [وإن شاء] (١) أتبع الموهوب له بقيمة شيئه يوم استهلكه ثم لا رجوع للموهوب له على الواهب بذلك .

فإن كان الغاصب موسرًا ، هل يخير [المستحق] (٢) في التبدئة أم لا؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا خيار له ، فإن طلبه على الواهب [أولاً](٣)، فيأخذ منه قيمة شيئه ، فإن لم يقدر عليه ، فعند ذلك يرجع على الموهوب [ق / ١٨١ ب] له ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن الموهوب له هو المُبَدَّىء ولا يرجع على الغاصب إلا في عدم الموهوب له ، وهو قول الغير في « كتاب الاستحقاق » من المدونة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب الشركة » ، وهو قول أشهب في «العتبية» وغيرها .

والثالث : أنه مخير يرجع على أيهما شاء ، وهذا القول حكاه ابن عبدوس عن أشهب ، واختاره سحنون .

وعلى القول بأنه يرجع ابتداءً على الغاصب ، فإن وجده عديمًا ، فيرجع على الموهوب له ،فهل للموهوب له الرجوع على الغاصب أم لا ؟ [فالمذهب] (٤) على قولين ،والصحيح أنه لا يرجع عليه ، وهو قوله في

(١) في أ : وإما .
(٢) في ب : الواهب .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .

«كتاب الدور » من المدونة .

وعلى القول بأنه يرجع على الغاصب إذا وجد الموهوب له عديمًا ، هل للغاصب أن يرجع على الموهوب له بما أدى للمغصوب منه أم لا ؟ فالمذهب أيضًا على قولين .

فانظر كيف جعل ابن القاسم المستحق في هذه المسألة يبدأ بالمسبب الذي هو الغاصب ،ولم يقل ذلك فيمن استأجر عبدًا على تبليغ الكتاب إلى بعض المواضع ، فعطب أنه يضمن ،والجمع بينهما أن الموهوب له ، والمستأجر قد تصرفا فيما يضمنانه ملكًا لمن أذن لهما في التصرف .

والفرق بينهما أن العبد لا يمكن أن يضمن منافع نفسه لسيده ، والغاصب [ضامن] [١] الدّابة لربها ؛ فلهذا لم يضمن واضع يده على منافعها ؛ لوجود من يضمن له رقبتها ، ولما كان العبد لا يضمن لسيده ؛ لأنه [هو] [٢] ماله صار واضع يده على منافعه كالمخطئ في مال غيره بغير إذنه، فوجب أن يضمن قيمته ؛ فلهذا قلنا في الغاصب إذا وهب : إنه يضمن ، ولا يضمن الموهوب ، فإذا لم يوجد عنده شيء ضمنه الموهوب ، فالعبد أحرى أن يضمنه الذي استأجره لعدم من يضمن بحال .

وسبب الخلاف : بين ابن القاسم ،وأشهب في المسألة اختلافهم في المسبب ،والمباشر أيهما أولى بالضمان ، فلو كان عبدًا فأعتقه الموهوب له ، ثم اختار المستحق إتباع الغاصب بالقيمة ، فلا خلاف أن عتقه يمضي بالعتق الأول ، ولا يحتاج إلى تجديد عتق .

واختلف فيما مضى من أفعاله كنكاحه ، وموارثته وشهادته ،هل يمضي ذلك أو يرد ؟

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك صحيح جائز ، ولا يرد منه شيء .

والثاني : أن ذلك من [عتق] (١) مردود ؛ لأنه عتق موقوف على الرد والإجازة ، كعتق المِدْيَان إذا أجاز الغرماء عتقه ، وقد كان العبد شاهدًا ، ووارثًا أن ذلك كله مردود ، وهو قول ابن القاسم في « عتق المِدْيان » ، وظاهر قول أشهب : أنه يجوز في المِدْيَان ؛ لأنه قال في المكاتب يعتق عبدًا له فيموت، فيريد السيد أن يجيز عتقه ، ويرثه .

فقال : ذلك له ،وهذا أصل عتقه غدًا كعتق المديان .

والفرق بين عتق الموهوب له ،وعتق المديان على أصل ابن القاسم أن الموهوب له لم يتعد في عتقه ، والمديان متعد في عتقه ، وهذا الفرق كما تراه ، فلو عكس الجواب لكان أولى ، وذلك أن حقوق الغرماء لم تتعلق بعين مال المديان ، وإنما تعلقت بذمته ،فإذا أفاد مالاً يقضي به ديونهم مضى عتقه ،ولا مقال لهم فيه ،فإذا جوزوا عتقه ،وسوغوا فعله كانت تصرفاته قبل الجواز ،وبعده [نافذة] (٢).

وأما العبد الموهوب ، فحق المستحق متعلق بعينه ؛ لأنه عين شيئه ، فإذا أجاز فيه المستحق عتق الموهوب [له] (٣) يأخذ القيمة من الغاصب كان الموهوب له كمبتدئ العتق حينئذ ، فتدبر ذلك تجده صحيحًا .

والمشتري من الغاصب [في عتقه] (٤) كالموهوب له على سواء .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ :نافلة ، والصواب ما أثبتناه من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب.

وأما الوجه الثالث : إذا أعتقه الغاصب ، وكان عبدًا [فلا يخلو] (١) من أن يتغير بعيب أو لا يتغير .

فإن دخله عيب ، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه القيمة يوم الغصب ، وإن شاء أخذه ، وبطل العتق.

وهل يرجع عليه بما نقصه العيب إذا كان بسبب سماوي أم لا ؟

فإنه يتخرج على الخلاف الذي قدمناه في أثناء فصول المسألة .

فإن لم يدخله عيب ، ولا يتغير ، فلربه أخذ عبده ، ويبطل عتق الغاصب ، فإن طلب رب العبد أن يلزم الغاصب [قيمة عبده] (٢) وينفذ فيه عتقه بغير اختيار الغاصب .

هل يلزمه ذلك أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يلزم الغاصب ؛ لأنه أعتق [ما لا يملك وهو الأظهر ،وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق التونسي .

والثاني : أن ذلك لازم للغاصب ؛ لأنه أعتق] (٣) ما في ضمانه كأنه راضٍ بالتزام القيمة لما أعتق .

[كما] (٤) قال مالك : في الأب إذا أعتق عبد ابنه الصغير أنه ينفذ عتقه ،ويغرم قيمته إن كان له مال .

وأما الوجه الرابع : إذا كان أمة فوطئها أو غاب عليها ، فلا يخلو من

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

أن يغيب عليها بعد [الغصب] [١] أم لا .

فإن لم يغب عليها ، وهي على حالها ، فليس للمغصوب منه إلا أخذها بوجهها .

فإن غاب عليها ، ولم يطأها ، فلا يخلو من أن تكون فارهة أو وخشية ، فإن كانت وخشية ، فليس للسيد [على الغاصب] [٢] إلا أخذها .

فإن كانت فارهة وغاب عليها ،ولم يعلم هل أصابها أم لا ؟

فلا يخلو سيدها من أن يكون قد اعترف بإصابتها أم لا ، فإن كان السيد مُقِرًا بالإصابة ، فإن القيمة تؤخذ من الغاصب وتوقف .

فإن ظهر بها حمل ردت القيمة على الغاصب ،وتكون الأمة أم ولد لسيدها ، فإن حاضت أخذت القيمة لسيدها [إن شاء ويضمنها الغاصب.

وإن ماتت قبل أن يتبين هل هي حامل أو غير حامل أخذ المغصوب منه القيمة أيضًا ، والظالم أحق أن يحمل عليه ، وإن أنكر سيدها الوطء عجلت له القيمة] [٣] في الحال إلا قدر قيمة عيب الحمل ، فإنه يوقف ، فإن تَبَيَّن أنها حائل أخذها المغصوب منه ، وإنْ تَبَيَّن أنها حامل ردت إلى الغاصب .

فأما إن [ثبت] [٤] أن الغاصب وطئها ، فلا فرق في هذا الوجه بين أن تكون فارهة أو وخشية ، فللسيد أن يضمنه ،ويأخذ منه قيمتها إما يوم الغصب ،وإما يوم الوطء على اختلاف قول ابن القاسم ، وسحنون في

(١) في ب : القبض .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من ب .
(٤) في ب : تبين .

ذلك .

فإن ولدت عند الغاصب ، فلا يخلو ذلك [الولد] (١) من ثلاثة أوجه:

إما أن يكون من وطء الغاصب أو بزنًا من غيره [وإما أن يكون بنكاح أو بملك يمين ، فأما إن كان الولد من الغاصب أو بزنًا من غيره] (٢) فالحكم فيهما سواء للمغصوب منه أن يأخذ الأمة ، والولد ، فإن مات الولد ، فهل يضمنه الغاصب أم لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يموتا جميعًا الولد ، والأم .

وإما أن تموت الأم دون الولد .

وإما أن يموت الولد دون الأم .

فإن ماتا جميعًا الولد والأم ، فلا يخلو من أن يموتا حتف أنفهما أو ماتا مقتولين .

فإن ماتا حتف أنفهما فلا خلاف في المذهب أن الغاصب يغرم قيمة الأم، وهل يغرم قيمتها يوم الغصب [أو يوم الوطء] (٣) قولان ، وقد قدمناهما .

واختلف في الولد ، هل يضمن قيمته أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه [لا] (٤) يضمن قيمة الولد ، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها .

والثاني : أن عليه قيمة الولد يوم ولد ،وهو قول أشهب في « الموازية»،

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .

ووجهه : أن الولد مغصوب كالأم ،وقد كان رده واجبًا [عليه] [(١)].

وعلى قول من اعتبر أعلى القيم يغرم قيمته يوم مات ، فإن قتلاً أو أحدهما .

أما إن قتلا جميعًا ، فلا خلاف أيضًا أنه يغرم [ق / ١٧٠/ ٢ـ أ] قيمة الأم إما يوم الغصب ، وإما يوم القتل على ما قال ابن القاسم في «الدمياطية » .

وفي الولد قولان :

أحدهما : أنه لا يغرم عنه شيئًا ؛ إلا أن يكون مقتولاً قتله أجنبي ، فأخذ له أرشًا ، فإنه يغرم ذلك الأرش قولاً واحدًا [وكأنه هو الذي قتله ، وهذا قول ابن القاسم في « المدونة » :

والثاني : أن الغاصب يغرم قيمة الولد إما قيمته يوم ولد كما قال أشهب. وإما قيمته يوم قتل على ما حكاه ابن شعبان عن أشهب ،وابن وهب ، وعبد الملك .

فإن مات أحدهما ،وبقى الآخر ، فإن ماتت الأم ، وبقى الولد ، فإن الولد يرد مع قيمة الأم قولاً وحدًا] [(٢)] على التفصيل الذي قدمناه بين أن تموت حتف أنفها ، أو ماتت مقتولة ، فإن مات مقتولة ، فعلى ما ذكرناه .

فإن ماتت حتف أنفها ، فعلى قولين :

وابن القاسم يقول : الخيار للمغصوب منه إما أن يأخذ [قيمة] [(٣)] الأم يوم الغصب ، ولا شيء عليه في الولد ، أو يأخذ الولد ،ولا شيء عليه

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

في الولد ، أو يأخذ الولد ،ولا شيء عليه من قيمة الأم .

وأشهب يقول : يأخذ الولد وقيمة الأم يوم الغصب ، فإن مات الولد وبقيت الأم ، فللمغصوب منه أن يأخذ الأم يبيعها قولاً واحدًا ، ثم ينظر في الولد ، فإن قتله الغاصب أو غيره ، فأخذ له أرشًا ، فإنه يرد قيمته مع الأم قولاً واحدًا .

والخلاف في وقت اعتبار القيمة قد قدمناه إما يوم ولد وإما يوم قتل .

فإن مات حتف أنفه أو قتل ولم يؤخذ له أرش، ولا قدر على قاتله أو جهل القاتل أصلاً ، ففي غرم الغاصب قيمته قولان بين ابن القاسم ، وأشهب ، وقد قدمناه .

فإن قتل أحدهما ، ومات الآخر فالقيمة في الأم على أي حال ماتت أو قتلت غير أنها إن ماتت ، فالقيمة فيها يوم الغصب، فإن قتلت فقولان:

قيل : يوم الغصب ، وقيل : يوم قتلت .

وفي الولد إن مات حتف أنفه قولان ، فابن القاسم يقول : لا شيء عليه فيه ، وأشهب يقول : يغرم قيمة الولد .

فإن مات مقتولاً ، فإنه يغرم ما أخذ في أرشه أوكان [الغاصب هو](١) الذي قتله ، فإنه يغرم قيمته يوم القتل على قول ، أو يوم ولد على قول .

وأما إن كان الولد من وطء نكاح أو ملك يمين ، فلا يخلو الزوج من أن يعلم أنها أمة ، أو دخل على أنها حُرّة ،فإن علم أنها أمة ، فالولد [تابع] (٢) لأمه في حكم الاستحقاق ، فإن دخل على أنها حُرّة أو كان وطؤه إياها بملك يمينه ، فالكلام يأتي فيه في « كتاب الاستحقاق » في

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يتبع .

مسألة مفردة إن شاء الله .

وأما نقل الشيء المغصوب من بلد إلى بلد ، هل يكون ذلك فوتًا يوجب تضمين الغاصب أم لا ؟

فلا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما : أن يكون المغصوب حيوانًا أو عروضًا .

والثاني : أن يكون مكيلاً أو موزونًا مأكولاً .

فإن كان حيوانًا أو عروضًا ، فالمذهب فيه على ثلاثة أقوال :

أحدهما : أن ذلك فوت ، والمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ منه متاعه بعينه ، أو يضمنه قيمته يوم الغصب ، وهو قول أصبغ ، وظاهر روايته عن أشهب في سماعه .

والثاني : أن ذلك ليس بفوت ، فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذ متاعه، وهو قول سحنون ؛ لأنه [رأى] (١) أن نقل ذلك كله من بلد إلى بلد بمنزلة حوالة للأسواق .

والثالث : التفصيل بين الحيوان والعروض ، فتفوت العروض بذلك ، ويكون المغصوب منه فيها بالخيار بين أن يأخذها ، وبين أن يضمن الغاصب فيها قيمتها يوم غصبها في البلد الذي غصبها فيه ، ولا يفوت الحيوان بذلك، فيأخذها المغصوب منه حيث وجدها ، ولا يكون له أن يضمن الغاصب قيمتها ،وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء على حملانه كالعبد ، والدّابة ،والبقرة ، فهذا يجبر صاحبه على قبوله إن طلبه الغاصب، ويجبر الغاصب على دفعه إن طلبه المغصوب منه .

وأما ما يحتاج إلى الكراء على الحملان كالجواري ، وصغار العبيد ،

(١) سقط من ب .

فهو كسائر العروض ، وهو قول مالك في « المجموعة » .

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي : وهذا إذا كان الطريق من البلد إلى بلد المغصوب منه مأمون .

وأما إن كان غير مأمون فلا [ق / ١٨٢ب] يجـبر المغصوب منه على قبوله .

وأما الكيل والموزون من الطعام ، ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ليس للمغصوب منه إلا مثل طعامه من البلد الذي اغتصبه [فيه] (١).

والثـاني : أن المغصوب منه بالخيار بين أن يـأخذ طعامه بعينه ،وبين أن يضمنه مثله في البلد الذي اغتصبه فيه .

والـثـالـث : تفرقة أصبغ بـين أن يكون البلد الذي حمله إلـيه قريبًا أو بعيدًا، فـإن كان قريبًا كان الخيار لـه بين أن يأخذ طعامه ، وبين أن يـضمنه مثله فـي البلد الذي اغتـصبه فيه ، وإن كان بعـيدًا لم يكن له إلا مـثله في البلد الذي اغتصبه فيه [والحمد لله وحده] (٢).

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
في اختلاف الغاصب والمغصوب منه

ولا يخلو اختلافهما من أربعة أوجه :

أحدها : أن يختلفا في قدره [أحدهما] [١] يقول : غصبني مائة ، ويقول الآخر : خمسين .

والثاني : أن يختلفا في الجنس ، يقول : غصبني هذا العبد ، ويقول الغاصب : بل هذا الثوب .

والثالث : أن يتفقا في الجنس أنه عبد أو ثوب ، فيقول هذا : جيد ، ويقول الآخر : ردئ ، أو يأتي الغاصب بعبد ، فيقول : هذا الذي غصبتك ، ويقول الآخر : عبدي أفضل .

والرابع : أن يتفقا أنه العبد ، أو الثوب ،ويأتي به معيبًا أو خلقًا ، فيقول : هكذا كان ، ويقول الآخر : بل كان جديدًا أو سليمًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اختلفا في المقدار ، واتفقا في الجنسية .

فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن القول فيه قول الغاصب سواء طرحها أو غاب عنها إذا ادعى معرفة ما فيها ، وهو قوله في « المدونة » و« العتبية » فيمن انتهب صبرة ، والناس ينظرون إليه أن القول [قول الغاصب] [٢] ، ولم يفصل بين أن يغيب أو يكون قد طرحها .

والثاني : أن القول قول المنتهَب منه ، وهو قول أشهب ، ومطرف ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : قوله .

وابن كنانة ، وهو الأظهر ؛ لأن من غصب وفعل مثل ذلك لا يقر بالحق على وجهه ، ويعترف بجميع ما أخذ ،وهو بمنزلة من كتم ، ولم يُقِر بشيء، فإن القول قول المغصوب منه إلا أن يأتي بما لا يشبه .

والثالث : التفصيل بين أن يغيب عليها الغاصب ، أو يكون قد طرحها، فإن غاب عليها كان القول قول الغاصب ؛ لأنه ادعى التحقيق ، فإن طرحها يكون القول قول المغصوب منه ؛ لأنه ادعى التحقيق والغاصب ادعى التخيير ، فالقول قول من ادعى التحقيق ما لم يأت [بأمر] (١) يستنكر.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا اختلفا في الجنس يقول: غصبني هذا العبد ، ويقول الغاصب : بل هذا الثوب فلا يخلو من أن يأتي الغاصب بما يشبه أو لم يأت به ، فإن أتى بما يشبه ، فالقول قول الغاصب .

وإن أتى بما لا يشبه ، فهل يقبل قوله أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يقبل قوله ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يقبل قوله ، وهو قول أشهب فيمن غصب جارية ، وقال: قد كانت صَمَّاء بَكْمَاء عَمْيَاء ، أن القول قوله ،والذي قاله أشهب [في الجارية] (٢) فيه نظر ؛ إذ لا يكاد تجتمع هذه العيوب ،ويرغب أحد في غصبها .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا اتفقا في الجنس ، واختلفا في الصفة .

مثل : أن يتفقا أنه عبد أو ثوب ،فيأتي الغاصب بثوب أو عبد ، فيقول: هذا الذي غصبتك ، ويقول الآخر : عبدي أفضل ، فالقول قول

---

(١) في أ : بما .

(٢) زيادة من ب .

الغاصب مع يمينه .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا اتفقا على عين الشيء المغصوب ، واختلفا في صفته .

مثل : أن يتفقا على [أنه] [١] ثوب أو عبد ، فأتى بعبد معيب ، أو ثوب خلق ، فيقول : هكذا اغتصبته ، ويقول الآخر : بل [كان] [٢] سليمًا وجديدًا ، كان القول قول الغاصب مع يمينه ويسلمه لربه ، فإن وجد المغصوب منه بينة أنه سليمًا أو جديدًا ، أو الثوب قائم بيده ، أو هلك ، أو باعه ، أو كان عبدًا ، فأعتقه المغصوب منه ، فإنه ينظر ، فإن كان اختلافهما ليغرمه ما بين القيمتين رجع عليه بما بين قيمته جديدًا أو خلقا من غير مراعاة لحال الثوب ، والعبد من وجود أو [فوات] [٣] .

وإن كان اختلافهما ليضمنه ، فقال الغاصب لا [أضمن] [٤] ؛ لأنه كان خلَقًا كان للمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه جديدًا ، ثم ينظر في الثوب ، فإن كان قائمًا رده المغصب منه ، وإن هلك كانت مصيبته من الغاصب ؛ لأنه أكرهه على رده إليه ، والقول قول ربه مع يمينه أنه هلك ، ويرجع بالقيمة ، وإن باعه أسلم الثمن الذي باعه به، وإن لبسه ، فأبلاه غرم القيمة ،وإن وهبه فقولان :

أحدهما : أنه يتبع بقيمته كما لو لبسه ، فأبلاه وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم .

والثاني : أنه لا شيء عليه ؛ لأن الغاصب باع له ذلك ظلمًا ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : فوت .

(٤) في ب : لا ضمان .

وعدوانًا، وجحودًا ، لكن يتبع الموهوب لـه ، فإن كان عبدًا فأعتقه ،فعلى قول أشهب لا يغرم قيمته ، ويلزم على قول ابن القاسم أن يغرمها.

فأما إذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب ، فـإن اتفقا على صفته ، فهو ذاك ،وإن اختلفا في صفته كان القول قول الغاصب على ما قدمناه .

فإن ظهر المغصوب بعد ذلك ، فلا يخلو من أن يظهر [من] [1] عند الغاصب أو من عند غيره .

فإن ظهر من عند الغاصب ، فلا يخلو من أن يكون الغاصب هو الذي أخفاه أم لا ، فإن كـان الغاصب هو الذي أخفاه لـرغبته فيه وتحاملـه عليه بالغصب ؛ لعلمه أن صاحبه لا يتبعه أصلاً ظنًا به ، فلربه أن يأخذه ويرد ما [ق / ١٧١ / ٢أ] أخذ من القيـمة إذا علم ذلك من الغاصـب ،وسواء ظهر ذلك على وفق الصفة أو على خلافها .

فإن لم يعـلم أن الغاصب أخفاه أو ظـهر من عند غير الـغاصب ، فإن ظهر عـلى وفق الصـفة فلا إشكـال ، وإن ظهر علـى صفة هي أعـلى مما وصف الغاصب ، هل يـرجع على الغاصب بتمام القـيمة أو يرد ما أخذ ، ويأخذ شيئه ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المدونة .

أحـدهـما : أنه يرجع عليه بتمام القيـمة ، فكأن الغاصب وجبت عليه القيمة ، فجحد بعضها ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو أشهر الروايات.

والثاني : أنه يرد ما أخذ من القيمة ويأخذ عين شيئه إن شاء ، وهكذا وقع في بعـض روايات « المدونة » ،وهي رواية أبي زيد ، وأصـبغ عن ابن القاسم في « المبسوط » .

---

(١) سقط من أ .

ووجه [القول بأنه يرجع بتمام القيمة ظاهر كما علل في الكتاب ؛ لأن الحكم أوجب عليه القيمة ، فجحد بعضها ووجه] [١] القول الثاني : أن القيمة إنما تجب على الغاصب بفوات الشيء المغصوب ، فإذا حكم بها ثم ظهر ، وانكشف أنه قائم ، فالخيار للمغصوب منه بين التمادي على تتميم ذلك الحكم ،أو نقضه ويأخذ عين شيئه ؛ لانكشاف الأمر عن خطئه ،وأنه وقع في غير محله [والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد][٢].

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الخامسة

فيمن غصب شيئًا ثم استحقه ربه وقد استهلكه الغاصب

ولا يخلو الشيء المـغصوب من أن يكون مما يرجع إلى الـقيمة ، أو مما يرجع إلى المثل .

فإن كان مما يرجع إلى القيمة ، فإنه يرجع بقيمة ذلك ببلد [الغاصب][(١)] يوم الغصب يأخذه بتـلك القيمة أينما لقيه من البلـد إن نقصت القيمة ، أو زادت في غير البلد ، ولا خلاف في ذلك .

وأما إن كان المغصوب مكيلاً أو موزونًا ، فاستهلكه ، فلا يخلو من أن يكون جزافًا [لا يعلم] [(٢)] كيله أو مكيلته عرفت مكيلته.

فإن كان جزافًا لم يعرف كيله ، فهو كالعروض يغرم قيمته يوم غصبه .

فإن قال المغصوب منه : أنا أغرمه مـن المكيلة ما لا شك أنه كان فيه . هل له ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك له .

والثاني : أن ليس له ذلك .

والقولان نقلهمـا اللخمي ، ولم يذكر قائلهمـا ، فإن كان مكيلاً عرف قدر مكيلته ، فلا يخلو من أن يكون ذلك الجنس من الطعام موجودًا أو غير موجود .

فإن كان موجودًا أو بأيـدى الناس كثيرًا ، فلا يخلو مـن أن يتغير سوق

(١) في ب : الغصب .

(٢) في ب : لا يعرف .

ذلك الطعام أم لم يتغير سوقه ، فإن تغير سوقه مثل أن يغصبه [في شدة][1] ثم صار إلى رخاء ، هل يغرم مثله أو قيمته ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يغرم مثله ، وهو قول ابن القاسم وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه يغرم قيمته ،وهذا يتخرج على ما حكاه ابن شعبان أنه يغرم أعلى القيم ؛ لأنه قد حرمه ذلك السوق .

فإن لم يتغير سوقه ، فلا يخلو من أن يلقاه بالبلد الذي غصبه فيه ، أو في غيرها ، فإن لقيه بالبلد الذي غصبه فيه ، [فإنه يغرم قدر ذلك الطعام مكيله قولاً واحدًا ، فإن لقيه بغير بلد الغاصب ،فأراد أن يغرم المثل هناك ، هل يمكن من ذلك أم لا] [2] فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يُمكَّن من ذلك ، وإنما له المثل في بلد الغصب ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن ذلك جائزًا له أن يأخذ [منه] [3] المثل أينما لقيه ؛ لأن المكيل ،والموزون لا تختلف أقداره ، وهو قول أشهب .

فإن كان ذلك الجنس من الطعام غير موجود في ذلك الوقت ، فالمذهب على قولين قائمين من المدونة .

أحدهما : أنه ليس له إلا مثل طعامه في الموضع الذي غصبه فيه إلا أن يصطلحا على أمر جائز ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أن المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر أو يأخذه بالقيمة الآن ، وهو قول أشهب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

وينبني الخلاف على الخلاف في السلم في الفاكهة إذا انقطع إبانها قبل أن يستوفي رب السلم كيله أو وزنه .

إلا أن أشهب قد ناقض أصله في مسألة السلم ؛ لأنه قال هناك : «ليس له إلا رأس ماله ، ولا يكون مخيرًا ؛ لأنه يصير دينًا في دين » ، فينبغي على قوله ألا يكون له إلا القيمة ها هنا ؛ لأنه إذا كان له أن يتعجل القيمة ، فرضي بأخذ المثل إذا وجد صار كناسخ القيمة في شيء إلى أجل [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة السادسة
في غلات الشيء المغصوب في الضمان

وغلات الشيء المغصوب تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : غلة متولدة [عن الشيء المغصوب على هيئته وشكله ، وخلقته، وهي الولد .

والثاني : غلة متولدة عنه] (١) على غير خلقته وهيئته وهى ثمر النخل، ولبن الماشية ، وجبنها ، وصوفها ، وما أشبه ذلك .

والثالث : غلل [غير] (٢) متولدة عن الشيء المغصوب ، وهي الأكرية، والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان متولدًا عنه على هيئته [وصفته] (٣) وصورته ، وهو الولد فلا خلاف بينهم أن على الغاصب رده مع الأم إن كانت الأم قائمة ، وإن ماتت الأم كان مخيرًا بين الولد ، وقيمة الأم .

وأما ما كان متولدًا عنه على غير خلقته وهيئته ، فاختلفوا فيه على قولين :

أحدهما : أن ذلك للغاصب بالضمان لا يلزمه رده ، وهذا القول حكاه ابن القصار عن مالك .

والثاني : أنه يرده مع العن المغصوبة مع القيام أو مثلها مع الفوات ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وهي رواية أشهب ، وعلي بن زياد عن

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

مالك .

وإن ادعى الغاصب ضياع الغلة لم يصدق ؛ لأنه غير مأمون عليها ، فإذا ظهر هلاكها ، وأخذ الرقاب ربها لم يضمن ذلك الغاصب ؛ لأنها ليست المغصوبة ،وإن تلف الشيء المغصوب كان مخيراً بين أن يضمنه قيمته، ولا شيء له في الغلة ،وبين أن يأخذه بالغلة ،ولا شيء له من القيمة .

وأما ما كان [ق / ١٨٣ب] غير متولد عنه ، فقد اختلفوا فيه على ستة أقوال :

أحدها : أنه يلزمه ردها جملة بلا تفصيل ، وهي رواية أشهب ، وعلي [بن زياد] [١] عن مالك ، وهو قول ابن القاسم في المدونة في « كتاب الاستحقاق » في العقار ،والحيوان ، وفي « كتاب الجعل » ،والإجارة في الحيوان .

والثاني : أنه لا يردها جملة بلا تفصيل ، وهذا قول حكاه ابن القصار عن مالك ـ رحمه الله .

والثالث : أنه يغرم الغلة إن أكرى ، ولا يلزمه شيء إن انتفع أو سكن أو عطل .

والرابع : أنه يلزمه الغرم إن أكرى أو انتفع ،ولا يلزمه إن عطل .

والخامس : أنه يغرم غلة الزراع ، والبقر ،والغنم ، والإبل ، ولا يغرم غلة العبيد ،والدَّواب ، وهو قول ابن القاسم عن مالك على ما نقله اللخمي .

والسادس : التفصيل بين الحيوان ، والأصول ، فيغرم غلة ما لا يسرع

(١) سقط من أ .

إليه التغيير كالدور ،والعقار ، ولا يغرم غلة ما يسرع إليه التغيير كالعبيد ، والحيوان ، وهو قول أحمد بن المعدل .

وسبب الخلاف : تعارض العمومين في قوله ﷺ :« **الخراج بالضمان**»(١) وهو قول عام في كل من وجب عليه الضمان أن الغلة سائغة له بضمانه على عموم الخبر ، وإن كان هذا الخبر واردًا [على سبب] (٢) وهو الغلام الذي اختصما فيه عند رسول الله ﷺ [وقد رده المشتري بالعيب، فمكنه النبي ﷺ] (٣) من الرد ثم إن البائع طلب الغلة ، فقال له النبي ﷺ: « **الخراج بالضمان** » (٤).

إلا أن الأشهر عند الأصوليين أن اللفظ المستقل بنفسه إذا ورد على سبب أنه يحمل على عمومه ، ولا يقتصر به على سببه .

والثاني : قوله ﷺ : « **ليس لعرق ظالم حق** » (٥) يريد أن الظالم هو الغاصب ، ولا حق له في المغصوب لا غلة ولا غيرها .

[وقيل] (٦) لعرقٍ بالتنوين [لا بالإضافة] (٧) ، والعرق ما أحدثه الغاصب من بناء أو غرس أو حفر على ما يأتي بيانه في كتاب تحريم الآبار إن شاء الله .

فهذا الخبر أيضًا عام في كل ظالم ، فمن رجح أحد الخبرين قال

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) ،والترمذي (١٢٨٥) ، والنسائي (٤٤٩٠) ، وأحمد (٢٤٢٧٠) من حديث عائشة ،وحسنه الشيخ الألباني ـ رحمه الله تعالى .

(٢) في أ : بسبب .

(٣) سقط من أ .

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٠٩) ، وحسنه الألباني ـ رحمه الله .

(٥) تقدم .

(٦) في أ : وقال .

(٧) في ب : لا على الإضافة .

بمقتضاه ، ولا جرم ، فإنه لم يخرج على منهاج الأصول إلا القولان المتقابلان لا غير .

وما عداهما من جملة الأقاويل بموضع الاستحسان جارية على غير قياس ، وهذا كله إذا غصب الأصل .

وأما إذا غصب المنفعة دون الأصل ،فإنه يرد الغلة قولاً واحدًا ، سواء استغل أو استعمل أو عطل .

واختلف في الغاصب إذا رد الغلات ، هل يرجع بما أنفق على العبد، والدَّابة ،وبالسقى ، والعلاج ، على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يرجع بذلك ما لم يجاوز الغلة ،وهو قول ابن القاسم في «المدونة » ، و« الموازية » .

والثاني : أنه لا يرجع بشيء من ذلك ، وهو قول ابن القاسم في «الموازية » .

والثالث : التفصيل بين أن يكون المغصوب منه ممن يتولى خدمة ذلك الشيء وعنايته أم لا ؟

فإن كان ممن يتولى الخدمة بيده ويباشر السقى ، والعلاج بيده ، فلا شيء عليه في السقى ، والعلاج .

وإن كان ممن عادته أن يستأجر على مثل ذلك دون أن يباشره بنفسه ، فإنه يغرم السقى ،والعلاج ، وهو قول أصبغ في « كتاب ابن حبيب » فيمن تعدّى على بقعة رجل فزرعها أو تعدى على زرعه فحصده .

ووجه القول بأنه لا شيء له من قيمة السقى والعلاج ، أن السقى لا عين له قائمة ،فأشبه خياطة الغاصب ، فإن صاحبها يأخذها بلا غرم ؛لأن الخياطة مستهلكة العين، والمغصوب منه إنما يغرم ما لو قلع [فانتفع] (١)

---

(١) في ب : لا تنفع .

به .

ووجه القول الثاني بأنه يرجع بقيمة السقى والعلاج ، أن الثمرة كأنها هي عين السقى ؛ لما كانت عنه ألا ترى أن الأجير يكون أحق بها في التفليس؛ لأنه لما أخرجها بعمله، فكأنه باعها، فكان أحق بها في التفليس، وهو في الموت أسوة الغرماء، والثمرة على هذا كأنها هي السقى ، فلهذا وجب ألا يأخذها المغصوب منه حتى يدفع أجر السقى والعلاج .

فإن كانت النفقة على ما لا غلة له كصغير لم يبلغ الخدمة أو دَابّة لم تبلغ أن تركب فأنفق عليه الغاصب حتى كبر ، فالمذهب فيه على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع عليه الغاصب بشيء مما أنفق [ق / ١٧٢ / ٢ ـ أ] ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه يرجع عليه بما أنفق ؛ لأن ذلك مما لم يكن للمغصوب منه بد ؛ لأن القصد بالإنفاق على ما له غلة ما ينال من غلته ، فكان مقال الغاصب فيما نقلته نفقته من الصغر إلى الكبر أقوى منه فيما نما من الغلة ، وهو قول أصبغ في الذي حصد زرع غيره ، وقام عنه بالوظيفة بغير إذنه ، وهو ظاهر قول محمد بن مسلمة في الذي ابتاع صغيرًا ، فكبر عنده أو دابة عجفاء فسمنت [عنده] [(١)] أو [وديًا] [(٢)] صغيرًا ، فغرسه ثم استحق ذلك رجل أنه بالخيار بين أن يجيز البيع ، أو يأخذ القيمة من المشتري ؛ لأن الكبر فوت فمنع المستحق من أخذ الأصول لما نمت بنفقة المشتري ، فإذا كان ذلك كان مقال الغاصب في النفقة في هذا الوجه أقوى منه في الغلة ، فإن كان المغصوب عينًا ، فاغتله بالتجارة فيها ، أو كان طعامًا فاغتله بزرعه في

---

(١) سقط من أ .

(٢) وديًا : صغار النخل .

أرضه ، فالغلة لـه [بضمانه] [١] قولاً واحدًا [في المـذهب . والحمد لله وحده] [٢].

❑❑❑

(١) سقط من ب .

(٢) زيادة من ب .

المسألة السابعة
فيمن ادعى على رجل أنه غصبه ، أو ادعت امرأة على رجل أنه استكرهها

أما الأول إذا ادعى عليه أنه غصبه ، فلا يخلو المدعى عليه من أربعة أحوال :

أحدها : أن يكون معروفًا بالخير ، والصلاح .

والثاني : أن يكون مستور الحال .

والثالث : أن يكون مما يشار إليه بذلك ،ولم يشتهر به .

والرابع : أن يكون معروفًا بذلك مشتهرًا به .

فأما الوجه الأول : إذا كان المدعى عليه معروفًا بالخير والصلاح ، فإنه لا يمين على المدعى عليه .

وهل يؤدب المدعي أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه يؤدب ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : [أنه] [1] لا يؤدب أصلاً ، وهو قول أشهب .

وأما الحال الثاني : إذا كان المدعى عليه مستور الحال من أوسط الناس ، فإنه لا يمين له عليه ، ولا يؤدب المدعى بذلك .

وأما الحال الثالث : إذا كان ممن يشار إليه بذلك ،وليس بمعروف به ، فإن المدعى عليه يحلف ، ولا يعاقب المدعي ، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين حلف المدعي واستحق .

---

(١) سقط من أ .

وأما الحال الرابع : إذا كان معروفًا بذلك مشتهر به حلف ، وضرب ، وهُدِّد وسُجن ، فإن تمادى على الجحود ترك ، وإن اعترف بعد التهديد ، هل يؤخذ بإقراره أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يؤخذ بإقراره سواء عَيَّنَ الشيء المدعى فيه أو لم يعينه ؛ لأنه مكروه ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب القطع في السرقة » .

والثاني : إن عَيَّنَ الشيء أخذ بإقراره ، وإن لم يعينه لم يؤخذ به ، ومعنى تعينه أن يدعي عليه أنه غصبه ثوبًا مثلاً ، فأخرج ذلك الثوب [بعينه](١) بعد الضرب ، والتهديد .

والثالث : أنه يؤخذ بإقراره على كل حال جملة من غير تفصيل بين أن يُعَيِّن أو لم يُعَيِّن ، وهو قول سحنون قال : ولا يعرف ذلك إلا من ابتلى به يريد القضاة ، ومن شابههم .

قال : لأن ذلك الإكراه كان بوجه جائز ، وإذا كان من الحق عقوبته [ضربه] (٢) وسجنه لما عرف من حاله لم لا يأخذه بإقراره أو لا فائدة للتضييق عليه إلا لذلك .

قال : وإنما الإكراه الذي لا يؤخذ به ما كان ظلمًا أن يهدد ، ويضرب من لا يجوز فعل ذلك به .

وقد أجمع المسلمون على أن من أسلم بعد القتال ، والسيف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه ؛ لأنه إكراه بحق ، ولو أكره ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلامًا إن رجع عنه ،وادعى أنه إكراه ؛ لأن الذّمة التي عقدت لهم تمنع من إكراههم على ذلك .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وأما الوجه الثاني : إذا ادعت امرأة أن فلانًا استكرهها ، فلا يخلو من أن تكون لها بيِّنَة على ما تَدَّعيه أم لا .

فإن كان لها بيِّنَة على ما تَدَّعِيه ، فلا يخلو من أن تعاين البينة الغَصب والإصابة ، أو تعاين الغصب دون الإصابة .

فإن عاينت الغصب ، والإصابة على حسب ما هو مشروط في الشهادة على الزنا ، فإنه يغرم الصداق ، ويقام عليه الحد .

فإن عاينت الغصب دون الإصابة مثل أن يحملها بمعاينة البيِّنَة حتى دخل بها ثم خرج فتقول : وطئني ، فإنه لا يحكم عليه حكم الغاصب إلا أنه يؤدب ، وعليه للمرأة جميع الصداق .

وهل تحلف أم لا ؟ قولان .

فإن لم يعاينوا الغصب ، ولا الإصابة ، وادَّعت عليه أنه استكرهها ، وغاب عليها ، ولا بيِّنَة لها على دعواها ، فإن ذلك ينقسم على وجهين :

أحدهما : أنْ تَدَّعِي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك .

والثاني : أنْ تَدَّعِي ذلك على رجل متهم يليق به ذلك ، وكل واحد من هذين الوجهين ينقسم على وجهين :

أحدهما : أن تأتي مستغيثة متعلقة به متشبثة به فاضحة لنفسها تدمى إن كانت بكرًا .

والثاني : أن تَدَّعِي ذلك من غير [أن تكون] [1] متشبثة به ، ولا تدمى وهي بكر ، فيأتي في جملة المسألة أربعة أقسام :

فأما الوجه الأول من القسم الأول : وهي أن تَدَّعِي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك ، وهي غير متعلقة به . فلا شيء على الرجل قولاً

(١) سقط من أ .

واحدًا ، أو تحد حد القذف ، وحد الزنا إن ظهر بها حمل ، وإن لم يظهر بها حمل ، فهل تحد حد الزنا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أنها تحد ، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم .

والثاني : أنها لا تحد ، وهو الذي يأتي على [قول] (١) أشهب .

وهذا الخلاف ينبني على اختلافهم فيمن أقر بوطء أمة رجل ، وادعى أنه اشتراها منه أو ادعى أنه تزوجها ، فقد قال ابن القاسم : إنه يحد ، وقال أشهب : إنه لا يحد .

وكذلك الحكم في المجهول الحال في هذا الوجه إذا كانت [هي] (٢) مجهولة الحال ، ولم تكن من أهل الصون ، وأما إن كانت من أهل الصون ، وكان مجهول الحال : فإنه يتخرج وجوب الحد للقذف عليها له على قولين؟ ويحلف بدعواها على القول بأنها لا تحد له ، فإن نكل عن اليمين حلفت هي ، وكان لها صداقها عليه .

وأما الوجه الثاني من القسم الأول : وهي أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك ، وتأتي متعلقة به متشبثة قد بلغت من فضيحة نفسها : فإنها يسقط عنها حد الزنا في هذا الوجه ، وإن ظهر بها حمل ؛ لما بلغت من فضيحة نفسها .

واختلف هل تحد له حد القذف أم لا ؟ على قولين :

[**أحدهما**] (٣) : أنها تحد حد القذف ، وهو قول ابن القاسم .

---

(١) في ب : مذهب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثاني : أنها لا تحد له حد القذف ، وهو قوله في « الواضحة » .

وعلى القول بأنها تحد له : فلا يمين لها عليه ، وعلى القول بأنها لا تحد له : فيحلف على تكذيب دعواها ، فإن نكل عن اليمين حلفت، واستحقت عليه صداقها ، وهذا إذا كانت [ممن] (١) تبالي بفضيحة نفسها: فإنها تحد له ، قولاً واحدًا .

وأما الوجه الأول من القسم الثاني : وهو أن تدعي ذلك على من يشار إليه بالفسق [ق / ١٨٤ ب] ، ولا تأتي متعلقة به : فهذا الوجه لا يجب عليها فيه حد القذف للرجل ، ولا حد الزنا لنفسها إلا أن يظهر بها حمل، ولا صداق لها ، وينظر الإمام في أمره ؛ فليسجنه ويبحث عن أمره ، ويفعل فيه بما ينكشف له منه ، فإن لم ينكشف في أمره بشيء : استحلف، فإن نكل عن اليمين : حلفت المرأة ، واستحقت عليه صداق مثلها .

وأما الوجه الثاني من القسم الثاني : وهو أن تدعي [بذلك] (٢) على من يشار إليه وتأتي متعلقة به متشبثة تدمى إن كانت بكرًا : فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد القذف للرجل ، وحد الزنا إن ظهر بها حمل ، واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها يجب لها صداق مثلها ، وهي رواية أشهب عن مالك ؛ لأنه أوجب للأمة ما نقصها ، فأحرى أن يجب للحرة صداق المثل .

والثاني : أنها لا يجب لها عليه صداق ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم .

والثالث : أنها يجب لها الصداق ، وإن كانت حرة ، ولا يجب لها شيء إن كانت أمة ، وهو قول ابن الماجشون في « الواضحة » .

---

(١) في أ : مما .

(٢) سقط من أ .

وعلى القول بأنها يجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت بنفسها ، هل يجب بيمين ، أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنها تأخذه بغير يمين ، وهو قول أشهب .

والثاني : أنها لا تأخذه إلا بيمين ، وهو قول ابن القاسم ، وهو الأظهر عند أهل النظر .

فإن كان الرجل مجهول الحال لم يكـن لها عليه صداق إن حلف ، فإن نكل وحلفت : أخذت صداقها [والحمد لله وحده] [1] .

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

فيمن اشترى أرضًا أو غصبها فبنى فيها ثم استحقت

فإن غصبها وبنى فيها ثم استحقت : فالمستحق بالخيار ؛ إن شاء ضمنها [قيمة] (١) أرضه ، وإن شاء أمر بقلع بنيانه ، ويعطيه قيمته [منقوضًا](٢)، ويأخذه إن كانت له قيمة ، على التحصيل الذي في أثناء الكتاب .

فإن اشتراها وبنى فيها : فقد قال ابن القاسم في المدونة : إن المستحق بالخيار ؛ فإن أحب أخذها ، وأعطى المشتري قيمة [بنائه] (٣) ، وإن أبى قيل للباني : أعطه قيمة أرضه براحًا ، فإن أبيا : كانا شريكين ؛ هذا بقيمة أرضه ، وهذا بقيمة بنائه قائمًا ، وهذا نص المدونة في المسألة .

والخلاف في المذهب في هذه الوجوه الثلاثة .

فإذا اختار أن يعطيه قيمة بنائه ، هل يعطيه قيمة بنيانه أو ما زادت قيمته؟

فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أن عليه قيمة البناء قائمًا ، وهو قول ابن القاسم [في المدونة](٤) .

والثاني : أن عليه ما أنفق ، لا القيمة ، وهو [نص] (٥) قوله في « العتبية » .

---

(١) سقط من ب .
(٢) في أ : مقلوعًا .
(٣) في ب : بنيانه .
(٤) سقط من ب .
(٥) سقط من أ .

والثالث : أن يعطيه ما زاد البناء على قيمة الأرض ، وهو قول محمد ابن مسلمة ، فإن لم يزد شيئًا ، فلا شيء له .

والرابع : أن عليه [ق / ٢/١٧٣ ـ أ] [الأقل] [١] من قيمة البناء أو ما زاد .

فإن كان قيمته أقل : أخذها ، [فكأنه] [٢] قد أخذ قيمة سلعته ، فإن كانت الزيادة أقل : لم يكن له غيرها ؛ لأن الأرض أصل وصاحبها يقول : قيمة أرضي اليوم براحًا مائة دينار ، وهي قائمة العين لم يذهب منها شيء ، وقد كنت قادرًا على أن آخذ فيها ذلك الآن ، فليس لك إلا ما زاد على المائة .

فإن اختار أن يضمنه قيمة الأرض ،ويسلمها للباني ،ولا يعطيه قيمة العمارة : فقد اختلف فيه على قولين :

أحدهما : أن الباني يعطيه قيمة أرضه من الآن ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن له قيمة أرضه يوم كان بنى فيها ، وهو قول أشهب في «المجموعة » .

والأول أَبْيَن وأصح ؛ لأن البناء لم يفوتها على صاحبها ، وقد كان له أن يأخذها .

فإن امتنع المستحق من دفع قيمة البناء ، هل يجبر على أن يأخذ قيمة أرضه ، أو يكونا شريكين ؟ أو رضي يأخذ قيمة أرضه ، هل يجبر الباني على دفعها ، أو يكونا شريكين ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : فكان .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الباني يمكن من دفع قيمة الأرض إذا طلب ذلك ، أو أبى صاحب الأرض من دفع قيمة البناء .

والثاني : أن الباني لا يمكن من ذلك ، ويكونا شريكين ؛ لأن المستحق يقول له : أنت ، وإن كنت بنيت بشبهة ، فليس ذلك مما يوجب عليَّ أن أشتريه منك ، أو أخرج لك من ملكي .

والقولان لمالك ـ رضي الله عنه .

ولا يختلف أنه لو وقع الثوب في قدر صباغ ، ولم يرض صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ : أنه ليس لصاحب الصبغ أن يدفع قيمة الثوب جبراً ، فإذا لم يكن ذلك له مع كون ذلك من غير سببه ، كان إذا كان ذلك من سببه ، وهو كالمخطئ على [ملك] [1] غيره أبين ثم تكون الشركة بالأقل من قيمة البناء أو ما زادت القيمة ، فإن استحق [نصف] [2] تلك الأرض ، ودفع العوض عن البناء : كانت الشفعة في النصف الآخر .

فإذا لم يرض بأخذ البناء ،وأخذ قيمة الأرض ، هل تسقط الشفعة أم لا ؟

على قولين ، والصحيح : أنها تسقط إذا سلم الأرض المستحقة ،وأخذ القيمة ؛ لأنه قد باع ما يستشفع به ، ولم يبق له في الأرض [شيء] [3].

فإذا كانا شريكين ، هل تسقط شفعته أم لا ؟ على قولين أيضًا ، والصحيح : أنها لا تسقط شفعته ، وأنها واجبة [له] [4] ؛ لأن الشفعة

---

(١) في ب : مال .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : لها .

تجب في الشيء الكثير بالجزء اليسير ؛ لأنه قد بقى له من الأرض التي استحقها بشيء له يستشفع .

تم الكتاب ،والحمد لله ، وصلى الله على محمد وآله .

❑❑❑



فهرس الموضوعات

كتاب الأقضية

كتاب الشهادات

كتاب المديان

كتاب التفليس

كتاب المأذون له فى التجارة

كتاب الرهن

كتاب الحمالة

كتاب الحوالة

كتاب الغصب